

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Volume 29 – Numéro 1-2

Année : 1998-1999

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12734>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12734>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RECOURS COLLECTIF : ENTRE LA COMMODITÉ PROCÉDURALE ET LA JUSTICE SOCIALE	3
Par Pierre-Claude LAFOND	
LE RECOURS COLLECTIF, LE DROIT CIVIL ET LA JUSTICE SOCIALE	39
Par H. Patrick GLENN	
LE RECOURS COLLECTIF FAVORISE L'ACCÈS À LA JUSTICE POUR LES CONSOMMATEURS	57
Par Louise ROZON	
LE RECOURS COLLECTIF : POINT DE VUE D'UN JUGE	67
Par Ginette PICHE	
LA SUSCEPTIBILITÉ D'EXERCICE COLLECTIF D'UN RECOURS EN DROIT QUÉBÉCOIS....	83
Par André RIENDEAU	
LE CADRE JURIDIQUE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS RELATIF AU DÉVELOPPEMENT PARALLÈLE DE SERVICES PRIVÉS DE SANTÉ ET L'ARTICLE 7 DE LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS	117
Par Marco LAVERDIÈRE	
JURISPRUDENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE PERSPECTIVE CIVILISTE.....	223
Par Charlotte LEMIEUX	
L'APPRÉCIATION DU LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LE PRÉJUDICE CORPOREL ET LE FAIT ACCIDENTEL DANS LE CADRE DE LA LOI SUR L'ASSURANCE AUTOMOBILE	245
Par Robert TÉTRAULT	
L'AFFAIRE DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE ET L'EXTENSION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE.....	321
Par Pierre PATENAUDE	
Note bibliographique	
DROIT DES FIDUCIES.....	333
Par Lucie LAFLAMME	

Page vide laissée intentionnellement.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RECOURS COLLECTIF : ENTRE LA COMMODITÉ PROCÉDURALE
ET LA JUSTICE SOCIALE

Auteur(s) : Pierre-Claude LAFOND

Revue : RDUS, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 3-37

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12706>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12706>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RECOURS COLLECTIF : ENTRE LA COMMODITÉ PROCÉDURALE ET LA JUSTICE SOCIALE

par Pierre-Claude LAFOND*

Ancêtre du recours collectif contemporain, l'action représentative instituée dans l'Angleterre entre les 14^e et 17^e siècles visait en apparence une certaine forme de commodité procédurale. Son évolution dans les provinces canadiennes de common law et dans les États américains lui a tracé le chemin jusqu'à l'adoption, au Québec, le 8 juin 1978, de la Loi sur le recours collectif, laquelle propose une procédure nouvelle et originale.

L'historique de l'institution québécoise révèle que la nécessité de cette procédure vient fondamentalement du refus du droit positif de reconnaître aux associations le droit de représenter les intérêts individuels de leurs membres. Ici aussi, l'utilité procédurale sert donc de justification à son intégration dans notre droit.

Mais, au delà de ces considérations pratiques, le recours collectif québécois, à l'instar d'autres modèles similaires en vigueur à l'étranger, a originellement été présenté comme un instrument visant à servir ou à rétablir la justice sociale. Cette procédure a même été qualifiée d'un des recours les plus socialement utiles après la Magna Carta.

Les leçons de l'histoire nous apprennent que certaines décisions de la Cour de Chancellerie possédaient elles aussi une portée sociale. Autant hier qu'aujourd'hui, le recours collectif continue de naviguer entre les concepts d'utilité procédurale et de justice sociale.

*. Avocat, docteur en droit et professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal. L'auteur tient à remercier son assistante de recherche, Lison Néel, candidate au doctorat, pour l'aide apportée au travail de recherche et dans la vérification et la mise en forme des notes infrapaginales. Il remercie également les Éditions Thémis inc. de lui avoir permis de reproduire les extraits de son ouvrage *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, dont le présent texte constitue une version remaniée.

SOMMAIRE

1.	Les origines du recours collectif : perception de sa nature à travers les âges	5
1.1	Une institution d'origine anglo-saxonne	5
1.1.1	L'Angleterre du 14 ^e au 17 ^e siècle	5
1.1.2	La réforme judiciaire de 1872	11
1.2	Sa réception dans les autres pays de common law	15
1.2.1	Au Canada	15
1.2.2	Aux États-Unis	16
2.	L'adoption du recours collectif québécois	19
2.1	La petite histoire de son adoption législative	20
2.1.1	Une adoption fort attendue	20
2.1.2	Un accueil plutôt timide	26
2.2	Plus qu'un simple moyen de procédure : un instrument de justice sociale	29
2.2.1	L'essor du droit substantiel	29
2.2.2	Les effets sociaux de la procédure de recours collectif	33
	Conclusion	35

«Quand on aime, on a toujours vingt ans.»

Avant de se demander où va le recours collectif québécois vingt ans après son adoption, il peut être intéressant de se rappeler d'où il vient. Les fondements historiques d'une institution nous en apprennent souvent plus sur sa nature profonde qu'une analyse législative ou jurisprudentielle confinée à l'époque contemporaine. Cette petite incursion historique propose d'explorer les origines du recours collectif, d'abord de ses origines à travers les âges (1.), puis de relater la petite histoire entourant son adoption au Québec le 8 juin 1978 (2.). Pareil retour dans le temps contribue à démontrer, notamment, que du moyen visant essentiellement la commodité procédurale qu'il était originellement, le recours collectif est devenu de nos jours un instrument cherchant à servir ou à rétablir la justice sociale. Néanmoins, selon les époques, il a favorisé l'accès de certains groupes à la justice, tâche à laquelle il continue de s'activer.

1. Les origines du recours collectif : perception de sa nature à travers les âges

D'origine anglo-saxonne (1.1), le recours collectif connaît ses développements les plus significatifs dans les pays de common law (1.2). Ces derniers ne sont pas sans lui laisser une profonde marque en héritage.

1.1 Une institution d'origine anglo-saxonne

Deux périodes marquent les débuts de l'action de groupe : celle de l'Angleterre du 14^e au 17^e siècle (1.1.1) et la réforme judiciaire de 1872 (1.1.2).

1.1.1 L'Angleterre du 14^e au 17^e siècle

L'origine du recours collectif se perd un peu dans la nuit des temps. La plupart des chercheurs, se fondant sur un jugement précis,¹ estiment que la procédure serait née en Angleterre autour de 1676 sous la forme de l'action représentative. Une autre étude, bien qu'isolée, conclut cependant à une

1. *Brown c. Vermuden*, (1676) 1 Ch. 271 ; 22 E.R. 796 [ci-après Brown].

institution vieille de près de sept cents ans. L'auteur de cette étude² considère en effet que l'origine de ce type de recours remonterait à l'an 1309, à l'occasion d'une affaire impliquant les habitants des îles de la Manche.³ Le premier cas rapporté faisant preuve d'une amorce d'action représentative serait le jugement rendu dans une action exercée par les habitants des îles de Jersey, Guernsey, Alderney et Sark, au large de St-Malo. Le propriétaire de ces îles, Sir Otes Grandison, avait édicté un décret obligeant tous les insulaires à le payer en devises françaises, plutôt qu'en monnaie locale, ce qui avait pour effet de tripler le montant des dettes et des loyers d'un seul coup. Les insulaires réagissent par un déluge de protestations auprès du Roi d'Angleterre. Pour une raison de commodité et pour gagner du temps, les deux commissaires affectés à la cause recommandent qu'un seul citoyen représente l'ensemble des demandeurs et que le jugement du Conseil Privé (*King's Council*) gouverne toutes les réclamations similaires. Quelques réclamants se présentent à Westminster pour faire valoir leurs droits et attaquer le décret de Sir Otes, en leur nom personnel et au nom de tous les autres locataires. Malheureusement pour eux, le Conseil Privé décide qu'ils devaient payer leurs dettes dans la devise demandée. Ainsi, le premier recours collectif rapporté connaît une défaite.

Qu'à cela ne tienne. En 1565, une autre affaire impliquant les habitants des îles de Jersey et de Guernsey se retrouve devant le Conseil Privé pour contester en l'espèce la centralisation de l'administration du système de justice à Westminster, avec à la tête un seul représentant. Cette fois-ci, le Conseil Privé donne raison au groupe.⁴

L'affaire *Brown c. Vermuden*⁵ reste cependant le jugement le plus fréquemment cité comme le fondement ou le point de départ connu et publié de

-
2. R.B. Marcin, «Searching for the Origin of the Class Action» (1974) 23 *Cath. U.L. Rev.* 515 aux pp. 521-523.
 3. *Channel Islanders' Case : John the Mason c. Certain Bailiffs and Ministers*, (1309) 61 P.C., reproduit dans (1914) 30 *Selden Soc.* 139. Voir aussi, dans une mesure moins convaincante : *Hilgay c. Wesnam*, (1399) 41 Ch., reproduit dans (1896) 10 *Selden Soc.* 44; *de Bridesall c. de Bulmer*, (1398) 36 Ch., reproduit dans (1896) 10 *Selden Soc.* 40; *Maire c. Stockton*, (1465) 144 Ch., reproduit dans (1896) 10 *Selden Soc.*
 4. *Devyke c. Petevyn*, *Acta Cancellariae or Selections from the Records of the Court of Chancery*, No LX, 369 (1847); *Reg. Lib. A.*, 1566 à la p. 1567, fo. 80.
 5. (1676) 1 Ch. 271; 22 E.R. 796.

l'action représentative. Il s'agit d'un jugement rendu à la suite d'une action exercée par le vicaire d'une paroisse contre tous les mineurs en réclamation de la dîme impayée. Quatre des mineurs furent nommés pour présenter la défense au nom de tous (donc, une action représentative en défense), à la suite de quoi le jugement fut rendu contre tout le monde. M. Vermuden s'oppose à ce jugement au motif qu'il n'était pas constitué partie à l'action principale. Ce qui donne lieu au jugement en cause. Donnant raison au vicaire, le Chancelier fait les réflexions suivantes :

«If the Defendant should not be bound, Suits of this Nature, as in case of Inclosures, Suits against the Inhabitants for Suit to a Mill, and the like, would be infinite, and impossible to be ended.»⁶

Les vieilles décisions recèlent donc clairement un but de commodité procédurale et d'administration de la justice : prévenir une multiplicité de poursuites judiciaires. Il faut comprendre également qu'à l'époque médiévale, le groupe, davantage que l'individu, constitue l'unité de pensée,⁷ ce qui contribue à justifier les jugements en cause; cette conception persistera jusqu'au début des années 1700.

En 1701, dans l'affaire *City of London c. Richmond*,⁸ l'idée de représentation est de nouveau suggérée. La Cour y autorise une personne à se défendre et à se porter représentante au nom des 900 locataires poursuivis pour le paiement de la location d'une conduite d'eau de la ville.

Mais c'est en 1722, dans *Chancey c. May*⁹ que, pour la première fois, le concept d'une action représentative en demande est clairement articulé. En l'espèce, le directeur et le trésorier d'une compagnie commerciale avaient intenté une poursuite en reddition de compte *en leur nom personnel et au nom des 800 actionnaires de l'entreprise*. Le tribunal donne raison aux représentants et étend

-
6. [Traduction : Si le défendeur [Vermuden] ne devait pas être lié, des poursuites de cette nature [...] seraient infinies et ne se termineraient possiblement jamais.], *ibid.* à la p. 797.
 7. S.C. Yeazell, *From Medieval Group Litigation to the Modern Class Action*, New Haven, Yale University Press, 1987 à la p. 84 [ci-après *Medieval group litigation*].
 8. (1701) 23 E.R. 870 (Ch.). Voir aussi *How c. Tenants of Bromsgrove*, (1681) 23 E.R. 277 (Ch.); *Brown c. Howard*, (1701) 21 E.R. 960 (Ch.).
 9. (1722) Prec. Ch. 592; 24 E.R. 265.

la portée de sa décision à tous les actionnaires comme s'ils avaient été constitués demandeurs, au motif que leur nombre rend la jonction des parties impraticable. *Chancey* soulève le problème de la reconnaissance des groupes non incorporés dans le forum judiciaire.¹⁰ Techniquement, autoriser un représentant d'une telle société à agir seul devant le tribunal signifie, en pratique, conférer au groupement le pouvoir d'ester en justice sans l'obligation de joindre à l'action tous les associés ou les actionnaires.¹¹ C'est ainsi qu'issue de la féodalité, l'action représentative anglaise évolue aux côtés du droit commercial.¹²

Pour bien comprendre le contexte et apprécier le sens de ces jugements, il faut savoir qu'au 17^e siècle, la justice anglaise est partagée entre, d'une part, la Cour de Chancellerie, qui exerce une juridiction d'équité, et, d'autre part, les cours de common law qui traitent des recours en droit.¹³ Ces dernières cherchent des solutions legalistes et se contentent de régler les différends en présence des seules parties dont les droits directs et immédiats sont en cause. Au contraire, la Cour d'équité tente de statuer sur les droits de toute personne possédant un intérêt commun dans le litige, de façon à le régler globalement.¹⁴ C'est l'approche holistique avant l'heure. Cette tendance s'explique du fait que les poursuites intentées devant le Chancelier soulèvent presque invariablement des questions de titre de propriété portant atteinte aux droits de plusieurs individus. Il en résulte la naissance de la règle de la jonction impérative des

-
10. S.C. Yeazell, «From Group Litigation to Class Action — Part I : The Industrialization of Group Litigation» (1980) 27 *U.C.L.A. L. Rev.* 514 à la p. 553 [ci-après «Industrialization of group litigation»].
 11. «Industrialization of group litigation», *ibid.* aux p. 557-558.
 12. Voir à cet effet *Jones c. Garcia Del Rio*, (1823) 37 E.R. 1113 (Ch.); *Hitchens c. Congreve*, (1828) 38 E.R. 917 (Ch.); *Taylor c. Salmon*, (1838) 4 My. & Cr. 134; 41 E.R. 53 (Ch.); *Wallworth c. Holt*, (1841) 4 My. & Cr. 619; 41 E.R. 238 (Ch.); M. Bouchard, «L'autorisation d'exercer le recours collectif» (1980) 21 *C. de D.* 855 à la p. 860. Comme le souligne l'auteur, à la même page : «Il est d'ailleurs significatif que le recours soit utilisé, dans les autres provinces [canadiennes], avant tout en droit corporatif, commercial, immobilier et fiduciaire.»
 13. J.A. Kazanjian, «Class Actions in Canada» (1973) 11 *Osgoode Hall L.J.* 397 aux pp. 399-400; N.J. Williams, *Consumer Class Actions in Canada*, Ottawa, Consumer's Association of Canada, 1974 à la p. 3.
 14. F. Calvert, *Treatise upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity*, London, Saunders & Benning, 1837 à la p. 1; J. Story, *Comments on Equity Pleadings*, 8th ed., Boston, Little & Brown, 1870, s. 72 à la p. 75.

parties intéressées (*compulsory joinder*) dont le but est d'éviter une multitude d'actions et le risque inhérent de jugements contradictoires.¹⁵

À l'usage, cette règle s'avère trop rigide. Il peut être difficile, voire impossible, de réunir toutes les parties concernées, soit en raison de leur nombre, soit en raison de leur lieu de résidence à l'extérieur de la compétence territoriale du tribunal, ou encore parce que leur localisation s'avère problématique. L'absence d'une bonne partie d'entre elles a pour effet d'empêcher le tribunal de se prononcer, ce qui donne naissance à des injustices.

Ces difficultés donnent lieu à un assouplissement de la règle de la jonction obligatoire des parties et la *règle exceptionnelle de la représentation des parties* commence à prendre forme.¹⁶ La raison d'être de l'action représentative réside donc, à cette époque, dans son aspect éminemment pratique. Lorsque des personnes susceptibles d'être parties à une action partagent un intérêt commun et que le demandeur ou le défendeur, selon le cas, est en mesure de les représenter, celles-ci sont dispensées de l'obligation de se constituer parties à l'instance. Le décret d'adjudication lie néanmoins chacune d'elles, comme si elles avaient été présentes devant le tribunal.¹⁷

Cette considération pratique n'explique cependant pas tout. Les changements économiques et sociaux, la révolution industrielle et l'apparition des grandes organisations commerciales requièrent un assouplissement du mécanisme procédural.¹⁸ À cette époque, les groupes incorporés empruntaient la voie des tribunaux de common law, pendant que les autres devaient s'adresser à la Cour de Chancellerie pour se faire entendre.¹⁹ L'action représentative constitue une adaptation, une réponse aux besoins judiciaires de nouveaux

15. C. Gillespie, «The Scope of the Class Action in Canada» (1980-1981) 11 *Man. L.J.* 215 aux pp. 216-218; Kazanjian, *supra* note 13 aux pp. 400-401; J.E. Starrs, «The Consumer Class Action — Part II : Considerations of Procedure» (1969) 49 *B.U.L. Rev.* 407 à la p. 427; Williams, *supra* note 13 aux pp. 3, 68.

16. Williams, *ibid.* aux pp. 68-69; Kazanjian, *ibid.* à la p. 401.

17. Williams, *ibid.* à la p. 69.

18. «Industrialization of group litigation», *supra* note 10 aux pp. 521-523. Pour une critique de cette théorie, voir R.G. Bone, «Personal and Impersonal Litigative Forms : Reconceiving the History of Adjudicative Representation» (1990) 70 *B.U.L. Rev.* 213 aux pp. 222-223.

19. Medieval group litigation, *supra* note 7 aux pp. 125-131.

groupes constitués, telles les mutuelles d'assurance et les compagnies à capital-actions (*joint stock companies*).²⁰ Elle apporte de cette façon une solution intéressante aux problèmes d'accès à la justice subis par les membres des sociétés gigantesques qui commencent à dominer l'activité commerciale, bien avant le développement de la forme corporative moderne.²¹ La préoccupation au coeur du débat se veut donc plus que simplement procédurale.

Il est important de noter que seuls sont disponibles auprès de la Cour de Chancellerie les recours d'équité, tels la reddition de compte, le jugement déclaratoire et l'injonction. D'ailleurs, sous plusieurs rapports, le type de décisions rendues à cette époque se rapproche davantage de l'actuel jugement déclaratoire que du recours collectif;²² le jugement rendu à l'endroit d'un litige personnel règle en théorie la situation juridique de tous. Soulevant un droit à portée générale, l'action n'était peut-être pas si *représentative* qu'on se plairait à le souhaiter.²³ Par ailleurs, les actions en dommages-intérêts ne peuvent, à cette époque, faire l'objet d'une action représentative puisqu'elles font partie des recours en droit.²⁴ Selon le professeur Glenn, cette dichotomie situerait l'origine véritable du recours collectif, tel que nous le concevons aujourd'hui, plus près des développements connus aux États-Unis au début du 19^e siècle que des décisions de l'Angleterre du 17^e.²⁵

Quand se situent donc les véritables débuts du recours collectif? Les paris restent ouverts. Quoi qu'il en soit, ce qu'on peut affirmer sans trop de doute, c'est que l'action représentative prend naissance en Angleterre, quelque part entre le 14^e et le 17^e siècle, du passage d'une conception communautaire médiévale à une vision individualiste, de la montée du capitalisme et de

20. «Industrialization of group litigation», *supra* note 10 aux pp. 523 et suiv.

21. Kazanjian, *supra* note 13 aux pp. 401, 405-408.

22. S.C. Yeazell, «Group Litigation and Social Context : Toward a History of the Class Action» (1977) 77 *Colum. L. Rev.* 866 aux pp. 888-889 [ci-après «Group litigation and social context»].

23. Bone, *supra* note 18 à la p. 231.

24. *Beeching c. Loyd*, (1855) 3 *Drewry* 227; 61 *E.R.* 890; Ontario Law Reform Commission, *Report on Class Actions*, vol. 1, Toronto, Ministry of the Attorney General, 1982 à la p. 6; vol. 2 à la p. 521.

25. H.P. Glenn, «À propos de la maxime "Nul ne plaide par procureur"» (1989) *R.T.D. civ.* 59 à la p. 69.

l'émergence de l'état libéral.²⁶ C'est elle qui serait l'ancêtre (fort éloigné) du recours collectif contemporain, lequel a beaucoup évolué depuis et a subi plusieurs transformations avant de finir par ressembler à ceux qu'on se plaît à exercer aujourd'hui. Chose certaine, également, l'institution anglo-saxonne n'est pas l'équivalent du recours collectif moderne; elle n'en constitue que l'embryon. Le reste n'est que conjectures malheureusement parfois fondées sur la confusion entre l'historique du recours collectif et celui de l'action de groupe sous diverses formes.

1.1.2 La réforme judiciaire de 1872

En 1872, le tableau procédural change. La réforme judiciaire en Angleterre fusionne la Cour de Chancellerie et les cours de common law en un nouveau tribunal : la *Supreme Court of Judicature*. Cette fusion sonne le glas de la règle de la jonction impérative des parties. La procédure d'action représentative y est du même coup codifiée.²⁷ La règle se formule dès lors comme suit :

«Where there are numerous parties having the same interest in one action, one or more of such parties may sue or be sued or may be authorized by the Court to defend in such action on behalf of or for the benefit of all parties so interested.»²⁸

26. Bone, *supra* note 18 aux pp. 304-305.

27. N.H. Andrews, «National Report for England and Wales : "The Class Action"» dans *United Kingdom Law in the 1990's — Comparative and Common Law Studies for the XIIIth International Congress of Comparative Law*, coll. «United Kingdom Comparative Law Series», vol. 10, London, Gardner, 1990, 133 à la p. 143; Kazanjian, *supra* note 13 à la p. 408; N.J. Williams, «Consumer Class Actions in Canada — Some Proposals for Reform» (1975) 13 *Osgoode Hall L.J.* 1 à la p. 8; *ibid.*, «Actions collectives en dommages-intérêts aux termes de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*», dans Ministère de la consommation et des corporations, *Proposition pour une action collective en matière de législation sur la politique de concurrence*, (Révision pour la deuxième étape — *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* 1976), Ottawa, Information Canada, 1976, 1 à la p. 25. Sur les effets de la codification de la procédure en Angleterre, voir Gillespie, *supra* note 15 aux pp. 218-224.

28. [Traduction : «Lorsque de nombreuses parties ont le même intérêt dans une action, l'une ou plusieurs d'entre elles peuvent poursuivre ou être poursuivies ou peuvent être autorisées par le tribunal à se défendre dans cette action, au nom et au profit de toutes les parties ainsi intéressées.»] *Supreme Court of Judicature Act*, 1873 (R.U.), 36 & 37 Vict., c. 66, sch. A,

L'adoption de cette disposition soulève deux questions majeures pour les juristes de l'époque : l'impact de la codification sur la jurisprudence antérieure de la Cour de Chancellerie et la possibilité d'application de l'action représentative aux recours de common law, telles les réclamations en dommages-intérêts.²⁹ La conception de l'action représentative devient bêtement et exclusivement procédurale. Toute préoccupation à l'égard de la représentation des groupes non personnifiés est évacuée.

Après une courte période marquée par un effort d'encouragement de la Chambre des Lords,³⁰ la règle de la représentation est rapidement considérée comme une règle de droit statutaire en raison de sa codification, et reçoit par conséquent une interprétation restrictive, comme le veut la tradition.³¹ La pratique libérale de la Cour de Chancellerie est délaissée au profit d'une approche beaucoup plus conservatrice de la Cour d'appel, fondée sur une interprétation littérale de la règle.³² L'évolution de l'action représentative anglaise connaît alors sa fin. Toute tentative de réclamation collective en dommages est rejetée du revers de la main si elle émane de contrats distincts ou si elle prête à des évaluations individuelles. Le passage suivant du juge Fletcher Moulton de la Cour d'appel d'Angleterre fait autorité encore aujourd'hui :

«[D]amages are personal only. To my mind no representative action can lie where the sole relief sought is damages, because they have to

s. 10 (entrée en vigueur : 1874); plus souvent cité sous 1874-1875 (R.U.), Ord. XVI, r. 9 of Amendment of 38 & 39 Vict., c. 77.

29. Ontario Law Reform Commission, *supra* note 24, vol. 2 à la p. 523.

30. *Duke of Bedford c. Ellis*, [1901] A.C. 1; [1900-1903] All E.R. 694 (H.L.), Lord Macnaghten; *Taff Vale Railway Co. c. Amalgamated Society of Railway Servants*, [1901] A.C. 426; 50 W.R. 44 (H.L.), Lord Lindley.

31. En droit anglo-saxon, toute loi doit faire preuve d'une grande clarté pour modifier la *common law*, sous peine d'être interprétée de manière stricte : P.-A. Côté, *Interprétation des lois*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990 à la p. 29; S.G.G. Edgar, dir., *Craies on Statute Law*, 7e éd., London, Sweet & Maxwell, 1971 aux pp. 338-340; (P. St. J. Langan), *Maxwell on the Interpretation of Statutes*, 12e éd., London, Sweet & Maxwell, 1969 aux pp. 116-123; J. Dainow, «The Civil Law and the Common Law : Some Points of Comparison» (1967) 15 *Am. J. Comp. L.* 419 à la p. 426.

32. *Markt & Co. c. Knight Steamships Co.*, [1910] 2 K.B. 1021; 11 Asp. 460 (U.K.C.A.) [ci-après *Markt & Co.* avec renvois au K.B.]. Voir P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Thémis, 1996 aux pp. 293-295.

be proved separately in the case of each plaintiff, and therefore the possibility of representation ceases.»³³

Il faut comprendre que la conception de l'époque de l'action représentative repose sur la notion d'une communauté d'intérêts. L'intérêt commun présente un caractère d'indivisibilité, d'homogénéité, et aucune poursuite collective n'est recevable à moins de démontrer que toutes les personnes représentées partagent un intérêt dans tous les aspects de l'action.³⁴ Il ne doit y avoir, en fait, qu'une seule cause et une seule action. Pareille exigence relègue la recevabilité de l'action représentative aux seules demandes d'injonction ou de jugement déclaratoire pour le bénéfice d'un groupe, dont l'effet est au demeurant général. Cette conception explique très bien l'interprétation restrictive dominant les décisions des tribunaux en Angleterre, particulièrement depuis le début du présent siècle, avec pour résultat que l'action représentative fait théoriquement partie des procédures disponibles, mais son utilisation se fait rare, et pour cause.

L'examen du droit judiciaire anglais nous enseigne jusqu'à quel point l'action de groupe en Angleterre et, généralement, en common law, n'est rien d'autre qu'un dérivé de la règle de la jonction des demandeurs. À l'époque de la codification des règles de procédure, la règle applicable à la jonction des demandeurs se lit comme suit :

«All persons may be joined in one action as plaintiffs in whom any right to relief in respect of or arising out the same transaction or series of transactions is alleged to exist, whether jointly, severally, or in the alternative, where, if such persons brought separate actions, any common question of law or fact would arise.»³⁵

33. [Traduction : «Les dommages sont personnels. Dans mon esprit, aucune action représentative ne peut être intentée lorsque le seul recours exercé est en dommages, puisqu'il faut les prouver séparément pour chaque membre et alors la possibilité de représentation cesse.»] Markt & Co., *ibid.* aux pp. 1040-1041.

34. Calvert, *supra* note 14, discuté dans Note, «Developments in the Law — Class Actions» (1975-1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1318 aux pp. 1331-1337.

35. [Traduction : «Toute personne peut se joindre comme partie demanderesse à une action dans laquelle le recours émane de la même convention ou série de conventions, de manière conjointe ou solidaire, ou si, dans l'hypothèse où des actions séparées étaient intentées, une question de droit ou de fait commune surgirait.»] *Act to amend and extend the Supreme*

La jonction des parties est ainsi soumise à deux conditions : le droit d'action doit dans chaque cas émaner de la même convention ou série de conventions, et il doit exister une question de droit ou de fait commune. Les tribunaux ont tôt fait de transposer ces conditions dans le contexte de l'action représentative et d'en exiger l'accomplissement. Dans la conception du droit anglais, il existe peu de différences entre les deux institutions. La prééminence de la commodité procédurale dans la conception jurisprudentielle se veut évidente. Il n'est alors pas étonnant de constater l'ampleur des problèmes de réception qu'a connue l'action de groupe dans les systèmes de common law³⁶.

1.2 Sa réception dans les autres pays de common law

D'origine anglo-saxonne, l'action représentative connaît donc ses premiers développements en territoire britannique. Elle va, par la suite, essaimer dans les pays de common law, tant en terre canadienne (1.2.1) qu'en sol américain (1.2.2).

1.2.1 Au Canada

Au Canada, toutes les provinces héritent peu à peu de la règle anglaise de 1873. L'Ontario l'importe en 1881.³⁷ Seul le Québec échappe à cette vague d'emprunt (jusqu'à récemment). Comme source de droit, la jurisprudence anglaise connaît une influence déterminante sur l'évolution du recours collectif au Canada. Le résultat en est que, mis à part le cas de l'Ontario qui a revu sa procédure de recours collectif en 1992, la *class action* rencontre beaucoup d'obstacles et obtient très peu de succès dans les provinces canadiennes. Au fil

Court of Judicature Act 1873, 1874-1875 (R.U.), 38-39 Vict., c. 77; First Schedule : *Rules of Court*; plus souvent cité sous 1874-1875 (R.U.), Ord. XVI, r. 1 of Amendment of 38 & 39 Vict., c. 77.

36. Lafond, *supra* note 32 aux pp. 295-316.

37. *Ontario Judicature Act*, 44 Vict., c. 5, Schedule : *Rules of Court*, Ord. XII, r. 10 (Ont.), devenue *Rules of Civil Procedure*, R.R.O. 1990, Reg. 194, r. 12.01. Voir Kazanjian, *supra* note 13 à la p. 412 note 73; Ontario Law Reform Commission, vol. 1, *supra* note 24 à la p. 6; J.S. Ziegel, *Recent Developments in Consumer Law*, Toronto, Canadian Bar Association (Ontario), 1976 à la p. 33. Celle-ci vaudra jusqu'en 1993, jusqu'à ce qu'elle soit remplacée par une toute nouvelle loi particulière sur les *class actions* : *Class Proceedings Act*, 1992, S.O. 1992, c. 6.

du temps, la procédure traîne avec elle cette conception héritée de la codification du 19^e siècle et l'interprétation restrictive qui s'y rattache. Empruntée au système de common law britannique, elle hérite aussi des profonds préjugés qui l'accompagnent. Sa difficile application au contexte contractuel causée par une interprétation extrêmement restrictive montre jusqu'à quel point sa conception était d'abord et avant tout formelle et procédurale. L'arrêt de mort de la procédure ontarienne énoncé en 1983 par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Naken*³⁸ illustre l'excès de formalisme guidant les tribunaux à cette époque. Le passage suivant du juge Estey est éloquent :

«Il me semble clair que le but de la règle 75 n'est pas de superposer, au régime général de procédure établi par les règles de pratique, une méthode procédurale nouvelle et distincte qui ne concorde pas avec les dispositions déjà en vigueur quant au déroulement des actions en Cour suprême. Si c'était là son but, on s'attendrait à trouver dans les règles des dispositions détaillées quant à la façon de mener une action aussi nouvelle que celle qu'on prétend avoir été créée par la règle 75. [...] Je conclus que la règle, qui ne comporte qu'une seule phrase d'une trentaine de mots, ne peut absolument pas servir de fondement à une action qui a la complexité et le degré d'incertitude de celle-ci.»³⁹

Nous croyons que si les tribunaux canadiens avaient eu un peu plus le souci d'accès à la justice, ils auraient plus volontiers autorisé ces recours. L'État de Californie a contribué énormément au développement du recours collectif avec une règle pourtant aussi laconique que celle de l'Ontario.⁴⁰

38. *General Motors of Canada Ltd. c. Naken*, [1983] 1 R.C.S. 72; (1983) 46 N.R. 139; (1983) 144 D.L.R. (3d) 385. Commenté par J.K. Bankier, «Class Actions for Monetary Relief in Canada : Formalism or Function?», (1984) 4 *Windsor Y.B. Access Just.* 229 aux pp. 276-297; W.A. Bogart, «Naken, the Supreme Court and What Are our Courts for?» (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 280; L.M. Fox, «*Naken v. General Motors of Canada Ltd.* [[1983] 1 S.C.R. 72] : Class Actions Deferred» (1984) 6 *Supreme Court. L.R.* 335-367; H.P. Glenn, «Class Actions in Ontario and Quebec» (1989) 62 *Can. Bar Rev.* 247 aux pp. 249-250; J.R.S. Prichard, «Class Action Reform : Some General Comments» (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 309-311; R.S. Reid, «*Naken v. General Motors of Canada Ltd.*” : A Stumbling-Block to Class Actions» (1978) 3 *Can. Bus. L.J.* 78-90.

39. *Ibid.* aux pp. 104-105.

40. *California Civil Procedure Code* § 382 (West 1973).

1.2.2 Aux États-Unis

Dès le 19^e siècle, avant même qu'elle ne soit codifiée, les tribunaux américains voient dans la procédure anglaise d'action représentative une source d'inspiration pour leurs besoins d'équité.⁴¹ Comme en Angleterre, la règle de la jonction obligatoire des parties prévaut devant les tribunaux d'équité et, là aussi, l'action représentative se présente comme une solution utile au problème engendré par son application trop rigoureuse.⁴² Dans un ordre chronologique, les États-Unis vont connaître cinq types différents de *class actions* : l'action représentative de common law, l'action du *Field Code* de 1848, la Règle fédérale 23 de 1938, la Règle fédérale 23 de 1966 et, enfin, les Règles de New York. L'histoire nous apprend que là aussi, les tribunaux affichent beaucoup de résistance fondée sur un formalisme parfois excessif.

Au plan national, l'action représentative est pratiquée dans les cours fédérales en vertu des règles d'équité.⁴³ En 1842, est promulguée la règle fédérale 48, laquelle s'énonce comme suit :

«Where the parties on either side are very numerous, and cannot, without manifest inconvenience and oppressive delays in the suit, be all brought before it, the Court in its discretion may dispense with making all of them parties, and may proceed in the suit, having sufficient parties before it to represent all the adverse interest of the plaintiffs and the defendants in the suit properly before it. But, in such cases the decree shall be without prejudice to the rights and claims of all the absent parties.»⁴⁴

41. H.B. Newberg et A. Conte, *Newberg on Class Actions*, coll. «Trial Practice Series», 3rd ed., vol. 1, Colorado Springs, Shepard's/McGraw-Hill, 1992 aux pp. 1-23 et 1-24.

42. Ontario Law Reform Commission, *supra* note 24, vol. 1, à la p. 8.

43. Voir *Smith c. Swormstedt*, 57 U.S. (16 How) 288 à la p. 303 (1853).

44. [Traduction : «Lorsque les parties, en demande ou en défense, sont très nombreuses et ne peuvent être toutes présentes devant le tribunal, sans retarder indûment le cours de la poursuite, le tribunal peut, à sa discrétion, les dispenser de l'obligation de se constituer toutes parties à l'action et juger de l'action à partir d'un nombre suffisant de celles-ci, pourvu que tous et chacun des intérêts opposés dans le litige soient représentés. Toutefois, dans ce cas, le jugement doit préserver les droits et les réclamations des parties absentes.»] *Federal Rules of Equity* 48, U.S. (1 How.) lvi (1843). Voir : *American Steel & Wire Co. c. Wire Drawers' & Die Makers' Unions*, 90 F. 598 (C.C.N.D. Ohio 1898).

La conception strictement procédurale de cette règle invite les rédacteurs à ne pas étendre les effets du jugement collectif aux membres absents, s'éloignant ainsi du modèle anglais. L'exigence d'un intérêt commun ne fait son apparition qu'en 1912, lors du remplacement de la règle 48 par la nouvelle règle d'équité 38, inspirée elle-même de la codification de la règle anglaise de 1873 :

«When the question is one of common or general interest to many persons constituting a class so numerous as to make it impossible to bring them all before the court, one or more may sue or defend for the whole.»⁴⁵

Cette règle est suivie, en 1938, par l'adoption par la Cour suprême des États-Unis de la règle 23 des *Federal Rules of Civil Procedure*.⁴⁶ Cette dernière règle de pratique autorise expressément l'utilisation de la procédure de *class action* devant les tribunaux de juridiction fédérale et poursuit exclusivement un dessein d'efficacité judiciaire. Malheureusement, en raison des distinctions tortueuses qu'elle établit entre les poursuites collectives «true», «hybrid» et «spurious», elle n'engendre que confusion et connaît peu de succès.⁴⁷

En 1966, la règle 23 fait l'objet d'une révision complète et d'un élargissement, pour devenir celle que l'on connaît aujourd'hui.⁴⁸ Elle s'applique à toute *class action* relevant de la compétence des tribunaux fédéraux. La Cour

45. [Traduction : «Lorsque la question en litige est commune à plusieurs personnes constituant un groupe d'un nombre tel qu'il apparaît impossible de les réunir toutes devant le tribunal, l'une ou plusieurs d'entre elles peut agir, en demande ou en défense, pour le compte de toutes.»] *Federal Rules of Equity* 38, 226 U.S. 659 (1912). Voir : *Supreme Tribe of Ben-Hur c. Cauble*, 255 U.S. 356 (1921).

46. Newberg et Conte, *supra* note 41 à la p. 1-25; C.A. Wright, A.R. Miller et M.K. Kane, *Federal Practice and Procedure : Civil*, vol. 7A, 2e éd., St.Paul, Minn., West Publishing, 1986, § 1751 et suiv.

47. Note, *supra* note 34 à la p. 1321. La *true class action* mettait en cause la représentation de l'intérêt collectif de nombreuses personnes, dans les cas où la jonction des demandeurs s'avérait impraticable; la *hybrid class action* permettait de représenter les droits individuels d'un groupe à l'égard d'un fonds commun ou d'un bien. Enfin, la *spurious class action* se présentait comme une jonction des parties améliorée où les membres d'un groupe pouvaient choisir de bénéficier *a posteriori* des effets d'un jugement tranchant des questions communes. Sur ces distinctions, voir aussi Bouchard, *supra* note 12 à la p. 883.

48. *Federal Rules of Civil Procedure*, 28 U.S.C., r. 23 (1966). Voir Newberg et Conte, *supra* note 41 à la p. 1-26.

suprême des États-Unis ne tarde pas à rendre certaines décisions relativement à l'exigence constitutionnelle du *due process* ou à celle de l'envoi d'un avis individualisé pour que le jugement lie les membres absents,⁴⁹ avec pour conséquence pratique d'en réduire considérablement l'utilité et de rendre impossible tout recours collectif impliquant un grand groupe.

Au plan étatique, on trouve la première codification de la procédure de *class action* dans l'État de New York, dans le *Field Code* de 1848, du nom du parrain de la codification de la procédure civile.⁵⁰ Limitée à trois cas d'application, cette procédure ne déborde guère de son rôle primitif de la jonction obligatoire des parties. Après de nombreuses modifications, la procédure connaît sa version définitive en 1975 sous la forme des articles 901 à 909 des *New York Civil Practice Law and Rules*.⁵¹ Par ailleurs, malgré une règle de facture très simple, l'État de Californie fait preuve de beaucoup d'innovation et montre des résultats très encourageants.

Sur le fond, il importe de se rappeler que, historiquement, le recours collectif n'a jamais vraiment été perçu par les tribunaux de *common law* comme une procédure spécialement adaptée aux demandeurs.⁵² L'ancêtre de la procédure visait davantage l'aspect pratique de la représentation, évitant le respect de la règle de la jonction obligatoire des parties, et s'adressait surtout aux défendeurs. Dans l'esprit des magistrats anglais, l'action représentative est toujours demeurée un recours en équité offert aux défendeurs. Au surplus, en usage à la Cour de Chancellerie, elle ne pouvait servir de véhicule à la réclamation de dommages-intérêts. Son utilisation à d'autres fins et les relents qu'elle a pu conserver du passé expliquent en partie la résistance montrée par les tribunaux tant canadiens qu'américains.

49. *Hansberry c. Lee*, 311 U.S. 32 (1940); *Eisen c. Carlisle & Jacquelin (Eisen IV)*, 417 U.S. 156 à la p. 177; 94 S. Ct. 2140 (1974); *Oppenheimer Fund Inc. c. Sanders*, 437 U.S. 340 (1978); *Phillips Petroleum Co. c. Shutts*, 472 U.S. 797 aux pp. 813-814.

50. Newberg et Conte, *supra* note 41 aux pp. 1-25 et 1-26; M. Bouchard, *supra* note 12 aux pp. 903-904.

51. (McKinney 1976).

52. Gillespie, *supra* note 15 à la p. 215.

2. L'adoption du recours collectif québécois

Fort des expériences anglaise, canadienne et américaine, le législateur québécois décide de se doter lui aussi d'une procédure judiciaire de traitement collectif des réclamations individuelles. Le Québec est d'ailleurs la dernière province à le faire au Canada. La procédure québécoise du recours collectif représente à la fois l'héritage de l'évolution de ses cousines de common law, mais, en même temps, elle cherche à éviter les nombreux écueils qu'ont connus d'autres modèles à l'étranger. Les principes présidant à son adoption témoignent d'une volonté législative de rompre avec le passé et de se distinguer des systèmes de *common law*.

Quand on examine le contexte social et historique dans lequel le recours collectif québécois a été adopté (2.1), on observe que cette procédure transcende le simple objectif de commodité procédurale et qu'elle est vouée à remplir une fonction sociale indéniable (2.2).

2.1 La petite histoire de son adoption législative

L'histoire de l'adoption de la *Loi sur le recours collectif* montre jusqu'à quel point celle-ci est le fruit d'une longue démarche et de nombreuses revendications. Fort attendue, la loi finit par voir le jour dans les années '70 dans un contexte social favorable (2.1.1). Sa réception dans le droit québécois n'est malheureusement pas sans causer quelques problèmes, dont l'accueil timide que lui réservent les justiciables et les tribunaux (2.1.2).

2.1.1 Une adoption fort attendue

Cette histoire débute par le refus constant du droit québécois de permettre aux associations de représenter les droits individuels de leurs membres devant les tribunaux.⁵³ Cette impasse judiciaire va mener les associations et les

53. *Association des propriétaires des Jardins Taché Inc. c. Entreprises Dasken Inc.*, [1974] R.C.S. 2 à la p. 10; *Association des propriétaires du secteur P.S.G.Q. Inc. c. Cité de Sherbrooke*, [1972] C.S. 495 à la p. 496; *Chef Max «One-Onti» Gros-Louis c. Société de développement de la Baie James*, [1974] R.P. 38 aux pp. 48-49 (C.S.); infirmé sous d'autres motifs par [1975] C.A. 166; *Jeunes Canadiens pour une civilisation chrétienne c. Fondation*

groupes non personnifiés à réclamer l'adoption d'une procédure de recours collectif.

En 1965, lors de la réforme du *Code de procédure civile*, les codificateurs québécois songent d'ores et déjà à doter la province d'une telle procédure. Loin de faire preuve d'avant-gardisme, ils sentent le besoin d'imiter l'exemple de l'Ontario qui possède sa propre procédure depuis près d'un siècle ou celui des États-Unis qui l'utilisent depuis plus longtemps encore. Pourtant, ces influences extérieures n'empêchent pas les commissaires à la réforme de s'accrocher à la tradition classique du procès et de couper court à ce projet. Ceux-ci rapportent que :

«Il est incontestable que cette institution procédurale est de prime abord quelque peu séduisante, mais il suffit d'y réfléchir et de consulter les recueils de jurisprudence pour constater les nombreuses difficultés qu'elle soulèverait chez nous. Du reste, il semble bien que notre système juridique s'en accommoderait mal.»⁵⁴

Le recul du temps nous permet aujourd'hui de mettre en doute le bien-fondé de ces arguments, au demeurant plutôt obscurs. L'expérience démontre que le système juridique québécois a très bien assimilé d'autres institutions telle l'injonction⁵⁵ qui, pourtant, émane elle aussi de la common law. Cette réticence s'explique principalement du fait que le droit privé québécois est issu du droit français qui ne connaît pas, à cette époque, l'action collective. Fidèles à la

du Théâtre du Nouveau-Monde, [1979] C.S. 181 à la p. 184, confirmé par [1979] C.A. 491; *Protestant School Board of Greater Montreal c. Town of Montreal-East*, [1970] R.L. 193 à la p. 212 (C.P.); *Ordre des chiropraticiens du Québec c. Commission des accidents du travail*, [1979] R.P. 67 (C.S.); *Larocque c. Fédération québécoise du canot-camping Inc.* (le 17 juin 1982), Hull 500-05-000547-813, J.E. 82-773 (C.S.); *Association canadienne des carossiers du Québec c. Corporation des assureurs agréés* (le 12 août 1985), Montréal 500-05-003956-859, J.E. 85-913 (C.S.); *Association des étudiants de l'Université du Québec à Rimouski inc. c. Université du Québec à Rimouski* (le 22 décembre 1993), Rimouski 100-05-000338-936, J.E. 94-253 (C.S.); M. Fillion, *Droit des associations*, Cowansville, Yvon Blais, 1986 à la p. 149; R. Savoie, «De l'intérêt et de la qualité comme conditions de recevabilité de la demande en justice», (1972) 32 R. du B. 532 à la p. 533.

54. *Notes des commissaires*, dans Assemblée législative de Québec, *Projet-Code de procédure civile*, Québec, Imprimeur de la Reine Roch Lefebvre, 1964 à la p. 13a.

55. Articles 751-761 *Code de procédure civile*.

tradition française et à sa maxime «nul ne plaide par procureur», les commissaires tiennent à se démarquer de l'évolution connue dans les systèmes juridiques voisins.

L'adoption d'une procédure collective continue pourtant d'être réclamée par divers groupes. Ainsi, en 1974, les avocats du Barreau du Québec, réunis en assemblée générale, adoptent une résolution dans le but de modifier le *Code de procédure civile* :

«Attendu que les justiciables sont souvent privés de leur recours normal au pouvoir judiciaire lorsque l'intérêt en cause les oppose à l'État ou à une entreprise, parce qu'ils n'ont ni l'audace ou les moyens de faire appel aux tribunaux;
Attendu qu'un recours collectif et impersonnel peut seul équilibrer les rapports de force en présence;
Attendu que le pouvoir judiciaire doit être appelé à faire respecter la loi et les libertés démocratiques tant par le pouvoir exécutif que par le citoyen et les personnes morales;
Que le Barreau fasse les recommandations nécessaires pour que le Code de procédure civile soit modifié afin de pouvoir obtenir par voie d'action un jugement déclaratoire sur des situations de fait et de droit qui affectent [sic] une collectivité d'individus sans identifier les intérêts particuliers de chacun des membres de cette collectivité.»⁵⁶

L'ombre de la justice sociale commence déjà à se dessiner dans cette résolution. Un comité est constitué à cette fin et dépose l'année suivante un rapport prenant la forme d'un projet de loi intitulé *Loi de la réunion des droits d'action*.⁵⁷ Parallèlement à cette initiative du Barreau, la Commission des services juridiques publie, dans son rapport annuel de 1974, une proposition législative de *class action* de facture nettement plus représentative par opposition à un simple perfectionnement du jugement déclaratoire ou de l'action

56. Barreau du Québec, *Rapport sur le recours collectif*, Montréal, 1977 à la p. 1.

57. M. Audette-Filion, «État de la question», dans Barreau du Québec, Formation permanente, cours no 38, *Le recours collectif*, Montréal, 1978-1979, 4 à la p. 8.

collective des articles 59 et 67 du *Code de procédure civile*.⁵⁸ Le 25 janvier 1977, le Barreau du Québec présente au ministre de la Justice, au ministre de la Consommation et au ministre d'État au Développement social un nouveau rapport dans le sens de ces recommandations.⁵⁹ À la lumière des règles de pratique en vigueur au Canada, de la jurisprudence et de la doctrine canadiennes, anglaises et américaines, ce rapport propose

«[...] que le *Code de procédure civile* reconnaisse explicitement le principe de l'action représentative, tout en précisant que l'énoncé de la règle générale ne doit pas être assorti de tant de restrictions dans son application qu'elles l'empêcheraient de jouer le rôle que nous voulons lui voir jouer et que son utilisation serait illusoire.»⁶⁰

Dans la foulée de ces rapports et des pressions exercées par plusieurs groupes, y compris les associations de protection des consommateurs, le 1^{er} décembre 1977, le projet de loi n° 39, portant le titre *Loi sur le recours collectif*, est adopté en première lecture par l'Assemblée nationale sous le parrainage du ministre Pierre Marois, alors ministre d'État au Développement social, ce qui ne constitue pas un hasard. Maître Marois, jadis procureur dans la cause des victimes de la thalidomide et précurseur du mouvement des Associations coopératives d'économie familiale (A.C.E.F.), est depuis longtemps sensibilisé aux problèmes des préjudices collectifs.⁶¹

Par ailleurs, si d'aucuns réclament l'édiction d'une procédure de réclamation collective, il faut noter en contrepartie l'existence d'un important

58. Commission des services juridiques, «Projet de loi modifiant le Code de procédure civile de la province de Québec : l'action représentative ou "class action"», dans *Deuxième rapport annuel*, Montréal, 1974, annexe 11 aux pp. 100-105. Voir aussi, «Mémoire présenté par la Commission des services juridiques à la Commission parlementaire chargée d'étudier le projet de loi sur le recours collectif», (13 janvier 1978), dans Commission des services juridiques, *6^e rapport annuel*, Montréal, 31 mars 1978, annexe 13 à la p. 101.

59. Barreau du Québec, *supra* note 56. Voir aussi *ibid.*, *Mémoire à la Commission parlementaire permanente de la Justice sur la Loi sur le recours collectif (Projet de Loi n° 39 de 1977)*, Montréal, 1978 à la p. 2.

60. *Ibid.* à la p. 4.

61. P. Marois, «L'action en justice collective», dans C. Masse, (dir.), *Rapport de la conférence canadienne sur le droit et la consommation 1975*, Montréal, Groupe de recherche en jurimétrie, Faculté de droit, Université de Montréal, 1976, 325 à la p. 326.

lobbying émanant des milieux commerciaux et professionnels qui mènent une farouche opposition à ce projet gouvernemental.⁶² Il est inévitable que tout changement dans la loi qui a pour effet d'élargir les possibilités de réclamations à l'endroit de certaines catégories de justiciables soulève des débats orageux. Les détracteurs prédisent les pires calamités : l'introduction de recours frivoles et malicieux, l'encombrement éventuel des tribunaux, des condamnations astronomiques menaçant les défendeurs et les acculant à la ruine, la violation des règles d'éthique par les membres du Barreau assoiffés par l'appât du gain, et autres catastrophes du même acabit. On en profite pour rappeler que la procédure a été qualifiée aux États-Unis d'«engin de destruction»,⁶³ de «forme de chantage légalisé»⁶⁴ ou de «monstre Frankenstein».⁶⁵ Les tenants rétorquent qu'elle est, au contraire, l'«un des recours les plus socialement utiles dans l'histoire depuis la Magna Carta».⁶⁶ Comme on le voit, le recours collectif ne laisse personne indifférent et s'entoure d'une aura quasiment mythique. Le législateur et les commentateurs ont beau prétendre qu'il ne s'agit que d'un simple moyen de procédure, personne n'est dupe. Tout le monde a le sentiment qu'un outil hors de l'ordinaire est en train de voir le jour.

Pour rassurer les entreprises et les autres opposants qu'aucun recours frivole ne serait introduit, le ministre Marois accepte à la dernière minute

62. Voir à ce sujet les interventions et les mémoires déposés en commission parlementaire par l'Association des banquiers canadiens, l'Institut de la publicité canadienne et autres associations publicitaires, le Conseil canadien du commerce de détail, section du Québec, l'Ordre des comptables agréés du Québec, l'Association provinciale des marchands d'automobiles du Québec et de la Chambre de commerce de la province de Québec : *Audition des mémoires sur le projet de loi n° 39 - Loi sur le recours collectif*, dans Assemblée nationale (Qué.), *Journal des débats - Commissions parlementaires*, 3e session, 31e législature, (n° 7 à 9, 07-09/03/78), aux pp. B-289 à B-368.

63. W. Simon, «Class Actions — Useful Tool or Engine of Destruction» (1973) 55 *F.R.D.* 375.

64. M. Handler, «The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits — The Twenty-Third Annual Antitrust Review» (1971) 71 *Colum. L. Rev.* 1 à la p. 9; J.M. Landers, «Of Legalized Blackmail and Legalized Theft : Consumer Class Actions and the Substance-Procedure Dilemma» (1974) 47 *S. Cal. L. Rev.* 842.

65. Juge Lumbard dans *Eisen c. Carlisle & Jacquelin (Eisen II)*, 391 F. 2d 555 à la p. 572 (2d Cir. 1968); A.R. Miller, «Of Frankenstein Monsters and Shining Knights : Myth, Reality, and the “Class Action Problem”» (1979) 92 *Harv. L. Rev.* 664.

66. [Traduction de : «[...] one of the most socially useful remedies in history since Magna Carta»] A.L. Pomerantz, «New Developments in Class Actions — Has Their Death Knell Been Sounded?» (1970) 25 *Bus. Law.* 1259 à la p. 1259.

d'ajouter une condition d'autorisation des requêtes, soit le critère d'apparence de droit (art. 1003 (b) C.p.c.), laquelle ne figurait pas dans le projet initial.⁶⁷

Finalement, ayant franchi l'étape de la troisième lecture le 8 juin 1978 et reçu la sanction royale le même jour,⁶⁸ la loi entre en vigueur le 19 janvier 1979,⁶⁹ à l'exception de son titre II portant sur le Fonds d'aide aux recours collectifs, lequel est mis en application dès le 5 juillet 1978⁷⁰ pour préparer le terrain.

L'intégration d'une procédure de recours collectif dans le droit québécois à la fin des années '70 n'est pas l'effet du hasard. Les années de cette décennie étaient marquantes du point de vue social. En 1971, était institué un Ombudsman pour recevoir les plaintes des citoyens relatives aux décisions et au fonctionnement des organismes gouvernementaux;⁷¹ en 1972, était créée la division des petites créances de la Cour provinciale d'alors;⁷² la même année, la *Loi de l'aide juridique* était adoptée;⁷³ en 1977, le gouvernement prévoyait l'étatisation d'un programme d'indemnisation en matière d'accidents d'automobile;⁷⁴ enfin, en 1978, l'État créait de façon permanente un tribunal administratif spécialisé sur les questions de logement locatif (la Régie du logement).⁷⁵ Cette période coïncide avec le développement et la prospérité des groupes de consommateurs, d'environnementalistes, d'associations de locataires et d'autres organisations regroupant des citoyens ordinaires.⁷⁶ La prise de conscience effectuée par ces groupes sur l'inadaptation ou l'insuffisance des mécanismes judiciaires à l'égard de l'exercice de leurs droits ajoute une pression supplémentaire sur le législateur responsable. En 1976, est élu au Québec un

67. Québec, Assemblée nationale, 20 *Journal des débats*, 3e session, 31e législature, (n° 34, 16 mai 1978) à la p. 1476 (ministre Pierre Marois).

68. *Loi sur le recours collectif*, L.Q. 1978, c. 8 (devenue L.R.Q., c. R-2.1).

69. Arrêté en conseil 72-79, G.O.Q. 1979.II.459.

70. Arrêté en conseil 2161-78, G.O.Q. 1978.II.4021.

71. *Loi du Protecteur du citoyen*, S.Q. 1968, c. 11.

72. *Loi favorisant l'accès à la justice*, L.Q. 1971, c. 86.

73. L.Q. 1972, c. 14.

74. *Loi sur l'assurance automobile*, L.Q. 1977, c. 68.

75. *Loi instituant la Régie du logement et modifiant le Code civil et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1979, c. 48.

76. J.K. Bankier, «The Future of Class Actions in Canada : Cases, Courts and Confusion» (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 260 à la p. 269.

gouvernement social-démocrate préoccupé de justice sociale et d'équilibre entre les forces au pouvoir. Deux années plus tard, ce même gouvernement marque l'aboutissement d'une longue démarche législative en matière d'accès à la justice par l'adoption à l'unanimité d'une loi sur le recours collectif.

Cette initiative s'inscrit également dans un mouvement plus global et international d'accès à la justice, caractérisé par une vague d'extension des moyens d'accès judiciaire aux groupes.⁷⁷ Le courant d'élargissement de la représentation juridictionnelle collective des intérêts individuels est certes davantage marqué dans les pays de common law que dans ceux de tradition civiliste.⁷⁸ Le Québec, malgré sa tradition de droit civil, reste soumis à un système juridique mixte et conserve des influences certaines de la common law, même en droit privé. Il n'échappe donc pas à cette vague qui déferle sur l'Amérique du Nord. Cette leçon de droit comparé nous rappelle que l'évolution des institutions juridiques n'est pas uniquement le fruit d'une réflexion locale, mais subit le jeu des grandes tendances internationales.

2.1.2 Un accueil plutôt timide

Dans les premières années, la procédure québécoise n'atteint pas le succès escompté. Au moment de son adoption, le ministère de la Justice estime à environ 580 par année le nombre de recours qui pourraient être exercés, soit 1% des litiges civils soumis à la Cour supérieure.⁷⁹ La proportion annuelle

77. M. Cappelletti, «Accès à la justice : comme programme de réforme et comme méthode de pensée» (1982) 2 *Windsor Y.B. Access Just.* 193, à la p. 202; M. Cappelletti et B.G. Garth, «Access to Justice : The Worldwide Movement to Make Rights Effective. A General Report», dans M. Cappelletti, dir., *Access to Justice*, v. 1 : M. Cappelletti et B. Garth, dir., *A World Survey*, book 1, Alphenaaandenrijn/Milan, Sijthoff/Giuffrè, 1978, 3 à la p. 21; T. Bourgoignie, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation*, coll. «Droit et consommation», vol. 16, Bruxelles/Louvain-la-Neuve, Story-Scientia/Centre de droit de la consommation, 1988 à la p. 364.

78. M. Cappelletti, «Governmental and Private Advocates for the Public Interest in Civil Litigation : A Comparative Study», dans M. Cappelletti, dir., *Access to Justice*, vol. 2 : M. Cappelletti et J. Weisner, dir., *Promising Institutions*, book 2, Alphenaaandenrijn/Milan, Sijthoff/Giuffrè, 1978, 767 à la p. 859.

79. A. Sirois, «Un fonds d'aide de 100 000 dollars» (1979) 1 *Justice* 2 : 22. Le rapport actuel se situe plutôt autour de 0,06% des actions de nature civile intentées devant ce tribunal, sans compter les matières familiales et de faillite, soit une moyenne annuelle de 20 requêtes sur

s'avère bien en deçà des prévisions initiales, si l'on songe qu'à peine une vingtaine de dossiers sont ouverts chaque année. Les premières années affichent des résultats catastrophiques. «La loi n'est qu'un peu d'encre sur du papier de qualité médiocre si tout l'appareil du pouvoir judiciaire ne se met en branle pour la supporter». ⁸⁰ Ainsi s'exprime l'un des premiers commentateurs du recours collectif québécois relativement à ce qui s'avère le manque d'enthousiasme des tribunaux à l'égard de cette nouvelle procédure. Aucune règle procédurale n'autorisant l'exercice d'une forme d'action de groupe avant 1978, les tribunaux québécois n'avaient jamais été appelés à juger de son opportunité et encore moins de sa légalité avant cette époque. Dès l'entrée en vigueur de la *Loi sur le recours collectif*, la jurisprudence québécoise, à l'instar des précédents de common law, commence à montrer plusieurs signes de réticence à l'endroit de cet instrument controversé. Les débuts du recours collectif québécois peuvent être vus sous le couvert d'une conception plutôt formaliste et «commode» de la procédure, si l'on en juge l'approche hautement restrictive guidant les tribunaux à l'époque. Visionnaire, le professeur Hubert Reid, à qui revient la «paternité juridique» du recours collectif québécois, avait d'ailleurs prédit ces difficultés :

«À cause de sa difficile intégration à notre système judiciaire, le recours collectif fera l'objet de nombreux débats devant les tribunaux. Il ne faudra pas se surprendre de la persistance d'un certain flottement de la jurisprudence au cours des prochaines années. Il faut [...] être conscient que le sort de la majorité des demandes se jouera au stade préliminaire de la requête, donc principalement sur des questions de procédure.»

33 160 dossiers ouverts en 1997 : Gouvernement du Québec, ministère de la Justice, Direction générale des services judiciaires, *Rapport d'activités 1997-1998*, Sainte-Foy, 1998, tableau 4.14 à la p. 58. L'exclusion des matières familiales et relatives à la faillite se justifie par leur nombre très élevé et par le traitement distinct qu'elles reçoivent des statisticiens de la Direction générale des services judiciaires. En effet, à elles seules, elles rivalisent avec le total des autres actions de nature civile exercées à la Cour supérieure pour l'année 1997, avec 50 327 dossiers ouverts contre 33 160. Le recours collectif ne recevant pas application dans ces matières qui relèvent d'une autre compétence exclusive du tribunal, il apparaissait souhaitable d'en exclure les dossiers pour ne pas fausser les résultats. Cette proportion se situe très loin derrière la norme américaine selon laquelle les *class actions* composeraient 0,4% du volume total des litiges exercés devant les cours fédérales : «1993 Federal Court Class Action Statistics» (1993) 16 *Class Action Rep.* 605 aux pp. 606-607.

80. Bouchard, *supra* note 12 à la p. 953.

Des correctifs sont apportés à la *Loi sur le recours collectif* quatre ans après son adoption, à la suite de demandes exprimées par divers intervenants, mais surtout par le Fonds d'aide aux recours collectifs.⁸¹ La loi modificatrice⁸² vient corriger certaines anomalies procédurales, faciliter l'exercice du recours, tant d'un point de vue processuel que d'un point de vue financier, et vient mettre un terme à l'incertitude entourant la question des dépens. À titre d'exemple, c'est à cette occasion que l'appel du jugement accueillant une requête pour autorisation est aboli au détriment des droits du défendeur-intimé.

Ces modifications législatives ne suffisent pas à freiner le mouvement enclenché. En 1984, inquiet que la procédure québécoise connaisse un sort identique à celui des provinces de common law, le directeur général du Fonds d'aide aux recours collectifs, Me Yves Lauzon, formule la conclusion suivante :

«À moins d'un changement dans cette attitude [celle des juges], l'avenir du recours collectif québécois n'est peut-être pas plus reluisant que l'avenir du recours collectif au Canada anglais depuis l'arrêt *Naken*.

L'expérience québécoise démontre qu'une loi détaillée sur le recours collectif n'est pas beaucoup plus qu'une déclaration de principe si les tribunaux n'acceptent pas la responsabilité de l'appliquer dans son plein potentiel.»⁸³

Cet appel, ce cri d'alarme est entendu, bien que quelques années plus tard. D'une réticence systématisée et pratiquement avouée des juges appelés à traiter du recours collectif, la jurisprudence connaît aujourd'hui, en grande partie grâce à l'orientation de la Cour d'appel conjuguée aux efforts d'information du Fonds d'aide aux recours collectifs, un climat nettement plus réceptif et résolument plus favorable à l'introduction de demandes collectives.

81. Fonds d'aide aux recours collectifs, *Rapport annuel 1980-81*, Montréal, 1981 à la p. 7; *ibid.*, *Rapport annuel 1981-82*, Montréal, 1982 à la p. 7.

82. *Loi modifiant le Code du travail, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 37, art. 20-26, sanctionnée le 23 juin 1982 et entrée en vigueur le 30 juillet 1982 par proclamation du gouvernement publiée à G.O.Q. 1982.II.2595, en ce qui concerne les dispositions relatives au recours collectif.

83. Y. Lauzon, «Le recours collectif québécois : description et bilan» (1984) 9 *Can. Bus. L.J.* 324 à la p. 350.

Décrite comme «la législation la plus achevée en la matière»,⁸⁴ «la plus progressiste en matière d'action de groupe au Canada, sinon dans le Commonwealth»⁸⁵ ou encore «le bastion avancé de l'action de groupe dans le monde»,⁸⁶ la *Loi sur le recours collectif* a servi et continue de servir de modèle et d'inspiration à des réformes législatives dans d'autres parties du monde.⁸⁷ Marquée par des débuts difficiles et une vague d'interprétations jurisprudentielles restrictives, la procédure québécoise se dirige progressivement vers l'atteinte de sa vitesse de croisière. Avec ses 20 ans cette année, on peut dire qu'elle atteint l'âge de la maturité. Vingt ans! Le bel âge! Celui où toutes les promesses d'avenir sont permises.

2.2 Plus qu'un simple moyen de procédure : un instrument de justice sociale

Tel que le démontre sa genèse, la nature profonde du recours collectif québécois le place au rang des instruments de justice sociale. Beaucoup plus qu'un simple moyen de procédure, l'institution québécoise donne son essor au droit substantiel et le modifie indirectement (2.2.1). De plus, elle produit des effets sociaux extrêmement positifs pour les justiciables (2.2.2).

2.2.1 L'essor du droit substantiel

On a souvent écrit — trop souvent, à notre avis — que le recours collectif est essentiellement un moyen de procédure, un instrument de procédure civile comme les autres.⁸⁸ D'aucune manière il ne saurait modifier le droit

84. F. Caballero, «Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe» (1985) 84 *R.T.D. civ.* 247, à la p. 267.

85. [Traduction de : «the most progressive class action legislation in Canada, if not in the Commonwealth, at the present time»] Ontario Law Reform Commission, *supra* note 24, vol. 2 à la p. 398.

86. Caballero, *supra* note 84 à la p. 268.

87. Citons notamment les cas de l'Ontario et de la France. M. Mazen recommandait que la loi québécoise serve de modèle ou de schéma directeur au projet français d'action de groupe en droit de la consommation : N.J. Mazen, «Le recours collectif : réalité québécoise et projet français» (1987) 39 *R.I.D.C.* 373 à la p. 387.

88. Québec, Assemblée nationale, *supra* note 67 à la p. 1475 (ministre Pierre Marois); *Association québécoise pour l'application du droit à l'exemption de l'enseignement religieux c. C.É.C.M.*, J.E. 80-12 (C.S.) à la p. 10; Audette-Filion, *supra* note 57 à la p. 18; Bouchard,

substantiel ou créer de nouveaux droits subjectifs. Sa nature le réduirait à un mécanisme conçu pour collectiviser la mise en œuvre d'un droit déjà existant, d'une façon similaire au mandat ou à la jonction des demandeurs.⁸⁹

À plusieurs égards, cette proposition s'éloigne de la vérité. Certes, il est vrai que le recours collectif n'est pas un nouveau droit, mais un moyen de procédure original; l'action reste fondamentalement individuelle, le recours seul — c'est-à-dire la manière de l'exercer — est collectif. Il est également vrai que, parce qu'il est conçu comme un simple moyen de procédure, il peut s'associer à plusieurs types de demandes : annulation de contrat, remboursement d'une somme d'argent, dommages-intérêts, jugement déclaratoire, injonction ou mandamus. Mais, dans ses effets, il peut faire beaucoup plus que cela.

La frontière est souvent fragile entre le droit substantiel et le droit judiciaire, le second étant au service du premier. C'est pourquoi les détracteurs du recours collectif, se fondant sur cette distinction d'une manière «insipide»,⁹⁰ ont parfois conclu à une modification des règles du droit substantiel. Cette conception du droit procédural masque l'impact réel des procédures d'accès à la justice sur l'exercice effectif par les justiciables de leurs droits subjectifs. Droit substantiel et droit procédural demeurent indissociables. La procédure contribue de façon directe à la réalisation du premier.⁹¹ La fonction de la procédure demeure inintelligible si elle n'entraîne pas dans sa suite des conséquences sur

supra note 12 aux pp. 864-865; H. Reid, «La Loi sur le recours collectif : premières interprétations judiciaires» (1979) 39 *R. du B.* 1018 à la p. 1029; «The Class Action in Quebec» (1983) *Cambridge Lect.* 206 à la p. 212. **Contra** : Glenn, *supra* note 25 aux pp. 70-71; «Class Actions and the Theory of Tort and Delict», (1985) 35 *U.T.L.J.* 287, à la p. 288 [ci-après «Class Actions and the Theory of Tort and Delict»]; *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Québec (Curateur public)*, J.E. 94-1753 (C.A.), juge Nichols.

89. Bouchard, *supra* note 12 à la p. 864.

90. Caballero, *supra* note 84 à la p. 250.

91. Sur la nature et les fonctions de la procédure civile, voir A. Fourneau, *À la recherche d'une notion centrale du droit judiciaire : pour une conception objective de l'action en justice*, thèse, Aix-en-Provence, 1951; L. Boy, «Réflexions sur l'action en justice» (1979) 78 *R.T.D. civ.* 497-523; J.A. Jolowicz, «On the Nature and Purposes of Civil Procedural Law» (1990) 9 *C.J.Q.* 262-279 particulièrement aux pp. 270-277.

celui-ci.⁹² L'un s'imbrique dans l'autre et justifie son existence dans son correspondant. Un droit subjectif a peu de valeur si les règles procédurales pour le mettre en œuvre rendent son exercice périlleux ou illusoire. En revanche, un droit soutenu par une procédure simple d'utilisation et prometteuse d'un résultat efficace a toutes les chances d'être davantage exercé.

Le recours collectif offre un potentiel considérable de développement du droit substantiel. Il en constitue un puissant agent de promotion. Aussi procédural qu'il soit, il produit inévitablement sur lui des effets modificateurs. Un de ces effets se trouve, par exemple, dans l'éclosion du droit positif de la consommation.⁹³ Dans ce secteur, le recours collectif ne se contente pas d'améliorer la procédure existante; dans la pratique judiciaire, il a créé une nouvelle procédure de mise en œuvre des droits, là où les modes procéduraux traditionnels s'avèrent insuffisants ou inadaptés. Sans le recours collectif, dans bien des cas, les droits subjectifs des consommateurs demeureraient lettre morte. Grâce à lui, on assiste à une reconnaissance officielle des droits des consommateurs. Un raisonnement similaire s'applique en matière de droit de l'environnement, de désastres collectifs (prothèses mammaires, catastrophes naturelles, etc.) ou dans le domaine des droits des retraités.

Autre exemple : sans remettre en question les principes de base de la responsabilité civile, la technique procédurale du recouvrement collectif (art. 1031 et s. C.p.c.) en bouleverse l'application usuelle et les force à s'adapter aux cas de préjudice collectif.⁹⁴ Comme l'affirme, au Québec, le ministre de l'époque, M. Marois, elle a «pour effet de pousser jusque dans ses derniers

92. D.N. Dewees, J.R.S. Prichard et M.J. Trebilcock, *Class Actions as a Regulatory Instrument*, coll. «Discussion Paper Series», Toronto, Ontario Economic Council, 1980 à la p. 6; G.B. Hazard, «The Effect of the Class Action Device upon the Substantive Law» (1973) 58 *F.R.D.* 307 à la p. 309.

93. Sur cet aspect, voir, aux États-Unis, Newberg et Conte, *supra* note 41, § 5.48 aux pp. 5-45, 5-46; Hazard, *supra* note 92 à la p. 312; Landers, *supra* note 64 à la p. 847; J.B. Weinstein, «Some Reflections on the "Abusiveness" of Class Actions» (1973) 58 *F.R.D.* 299 à la p. 301.

94. Voir sur ce sujet «Class Actions and the Theory of Tort and Delict», *supra* note 88.

retranchements [...] le principe de la responsabilité».⁹⁵ De corrective ou compensatoire, la justice devient soudainement distributive.⁹⁶

Avec l'aide du recours collectif, les juges sont appelés à traiter de nouveaux problèmes juridiques qui leur sont désormais soumis et à faire preuve d'une sensibilité nouvelle face à ces conflits.⁹⁷ L'utilisation plus grande devant les tribunaux des règles du droit substantiel dans certains secteurs permet d'en percevoir davantage les écueils ou les vides juridiques et contribue, en conséquence, à la création d'une jurisprudence et éventuellement à la réforme du droit.

En tant que moyen favorisant l'accès à la justice, le recours collectif n'est pas seul à produire des effets directs sur le droit substantiel québécois. Il ne réclame pas non plus le privilège d'en être le premier. En 1971, l'instauration de la division des petites créances de la Cour provinciale d'alors, malgré l'apparence de maintien des règles du droit substantiel consacrées à l'article 976 du *Code de procédure civile*, a modifié la nature de l'adjudication du tribunal⁹⁸ en accordant discrètement à l'équité une place plus importante dans le giron judiciaire.

Le droit substantiel n'est pas seul à connaître ces changements. La reconnaissance juridique de la représentation des intérêts de groupe opère également une métamorphose profonde du droit judiciaire. Dans ce cas bien précis, il est dorénavant permis de plaider au nom d'autrui pour porter secours à un groupe.⁹⁹ Le rôle du juge s'en trouve transformé en un participant actif du procès et en un gestionnaire des sommes accordées. Le principe de la relativité de la chose jugée n'obéit plus au même raisonnement; l'effet des jugements ne se limite pas aux parties strictement mentionnées dans les actes de procédure.

95. Québec, Assemblée nationale (n° 34, 16 mai 1978), *supra* note 67 à la p. 1474 (ministre Pierre Marois); *ibid.*, 20 *Journal des débats*, 3e session, 31e législature, (n° 46, 8 juin 1978) à la p. 2065 (ministre Pierre Marois).

96. «Class Actions and the Theory of Tort and Delict», *supra* note 88 aux pp. 288-289, 300 et 302.

97. Note, *supra* note 34 à la p. 1353.

98. R.A. MacDonald, «Access to Justice and Law Reform» (1990) 10 *Windsor Y.B. Access Just.* 287 à la p. 293.

99. Glenn, *supra* note 25 à la p. 68.

La rigueur des règles de preuve reçoit parfois des assouplissements relativement à l'évaluation des dommages. Il se dégage de ces transformations une véritable conception collective du droit processuel.

2.2.2 Les effets sociaux de la procédure de recours collectif

On peut percevoir dans le recours collectif le reflet du fonctionnement de la société.¹⁰⁰ Cette procédure constitue une réponse judiciaire et économique aux nouveaux modes de production et aux nouvelles forces de relation entre les acteurs sociaux. Le fait de rassembler des personnes qui, jusque-là ne pouvaient se regrouper devant les tribunaux, et de leur permettre de poursuivre collectivement possède une signification sociale. Le ministre Marois, parrain de la procédure québécoise, la décrit à l'époque comme un instrument de justice sociale qui va permettre de rétablir un équilibre dans les rapports de force entre les citoyens et les institutions.¹⁰¹ Cette approche est reprise à son compte par la Cour d'appel du Québec en plus d'une occasion.¹⁰²

D'ores et déjà, il est admis que la procédure civile puisse jouer un rôle dynamique dans le fonctionnement de la société et connaître des fonctions

-
100. Bogart, *supra* note 38 à la p. 280; *ibid.*, «Ambiguity», dans A. Prujiner et J. Roy, dir., «Les recours collectifs en Ontario et au Québec» (Actes de la Première Conférence Yves Pratte), Montréal, Wilson & Lafleur, 1992, 3 à la p. 23; J.R.S. Prichard et M.J. Trebilcock, «Class Actions and Private Law Enforcement» (1978) 27 *U.N.B.L.J.* 5 à la p. 6; D.N. Dewees et al., *supra* note 92 aux pp. 3-5.
101. Voir les déclarations du ministre et du porte-parole de l'opposition à cet effet : QUÉBEC, Assemblée nationale, (n° 34, 16 mai 1978), *supra* note 67 aux pp. 1473-1475 (ministre Pierre Marois) et (n° 46, 8 juin 1978), *supra* note 95 à la p. 2065.
102. Voir *Syndicat national des employés de l'Hôpital Saint-Charles Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568; *Deslauriers c. Ordre des ingénieurs du Québec*, [1986] R.D.J. 181 (C.A.); *Nadon c. Anjou (ville d')*, [1994] R.J.Q. 1823 (C.A.).

sociales.¹⁰³ La nouvelle expression «procédure civile sociale»¹⁰⁴ consacre cette tendance de notre droit moderne. Au tournant de ce siècle, le recours collectif nous permet d'assister à «l'évolution la plus importante que la procédure civile ait sans doute jamais connue.»¹⁰⁵

L'amélioration de l'accès à la justice par l'élimination des barrières économiques et la réduction de certains autres obstacles psychologiques est sans aucun doute l'effet social le plus important attribué au recours collectif. Cette fonction majeure s'accompagne d'autres effets, non moins capitaux. Parmi ceux-ci, on note, d'une part, sa force dissuasive et le respect de la loi qui en découle et, d'autre part, la contribution à l'application des politiques publiques de l'État.

En raison de sa large portée en matière d'indemnisation, le jugement final dans un recours collectif, s'il est rendu à l'avantage des membres du groupe, possède une force dissuasive qui dépasse considérablement celle générée par les sanctions civiles classiques. Pour le défendeur condamné, il constitue une menace pour l'avenir et sert d'exemple aux autres contrevenants en puissance. On assiste à un accroissement de l'effet préventif des jugements civils. Les conséquences économiques d'un recours collectif peuvent être si puissantes que les entreprises vont chercher ultimement à en prévenir l'exercice par une modification de leur comportement en conformité aux normes juridiques. Ainsi procèdent sommairement les fonctions dissuasives et behavioristes du recours collectif.

Mais sa fonction sociale ne se limite pas à ces effets. Plus le groupe représenté est grand, plus l'issue d'un recours collectif ressemble à de la

-
103. Voir dans ce sens W.A. Bogart, «Questioning Litigation's Role — Courts and Class Actions in Canada» (1987) 62 *Ind. L.J.* 665; M. Cappelletti, «La protection d'intérêts collectifs et de groupe dans le procès civil (Métamorphoses de la procédure civile)» (1975) 27 *R.I.D.C.* 571; A. Chayes, «The Role of the Judge in Public Law Litigation» (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1281; H. Kötz, «La protection en justice des intérêts collectifs — Tableau de droit comparé», dans M. Cappelletti, dir., *Accès à la justice et État-providence*, Paris, Economica, 1984, 93; K.E. Scott, «Two Models of the Civil Process» (1975) 27 *Stan. L. Rev.* 937 aux pp. 938-940; H. Smit, «La procédure civile comme instrument de réforme sociale» (1976) 28 *R.I.D.C.* 449.
104. Expression de R. Wasserman, citée dans H.P. Lindblom, «Group Actions in Civil Procedure in Sweden», (National Report for the XIII International Congress of Comparative Law in Montreal, August 19-25, 1990), [polycopié] 1 à la p. 32.
105. Mazen, *supra* note 87 à la p. 395.

politique publique. En exerçant le recours, le représentant assume un rôle de protection des justiciables et de gardien des politiques publiques qui appartient d'abord au gouvernement. L'impact public de cette procédure est indéniable. Si le recours collectif reste fondamentalement un moyen privé dans sa nature, rien n'empêche qu'il puisse devenir un instrument public dans ses effets. L'objet d'un procès civil est d'abord et avant tout de résoudre les conflits entre des personnes, mais il peut également servir les fins politiques de l'État, dans la mesure où celles-ci sont contenues dans le droit privé.¹⁰⁶ En conférant à des collectivités inorganisées le moyen juridique de s'opposer à des illégalités de nature collective, telles une augmentation illégale des tarifs des services publics ou les dommages causés par une pollution industrielle incontrôlée, le législateur délègue une partie de son pouvoir de surveillance et de protection. Dans certains secteurs, le résultat est éloquent. Par exemple, sans pour autant négliger l'impact du *Code du travail*¹⁰⁷ en matière de maintien des services essentiels, il est intéressant de noter que le phénomène des grèves illégales dans le transport en commun au Québec a chuté de façon considérable depuis l'avènement du recours collectif. Instrument de modification des comportements, il agit à la manière d'un régulateur économique et se présente comme une solution de rechange au contrôle gouvernemental.¹⁰⁸

Conclusion

Que nous apprend ce bref survol historique? Qu'au delà de sa fonction procédurale, le recours collectif exerce et a déjà exercé, selon les époques, une fonction sociale d'accès à la justice pour les groupes en mal de représentation.

D'abord une fonction procédurale. Au Québec, comme dans l'Angleterre ancienne, la nécessité du recours collectif tient essentiellement au refus du droit procédural de permettre aux associations de représenter les intérêts individuels

106. J.A. Jolowicz, «The Active Role of the Court in Civil Litigation», dans M. Cappelletti et J.A. Jolowicz (dir.), *Public Interest Parties and the Active Role of the Judge in Civil Litigation*, Milano, Giuffrè/Dobbs Ferry, N.Y., Oceana Publications, 1975, 155 à la p. 275; Kötz, *supra* note 103 à la p. 121; Newberg et Conte, *supra* note 41, § 5.51 aux pp. 5-48 à 5-50; Smit, *supra* note 103.

107. L.R.Q., c. C-27, art 111.0.1 à 111.20.

108. Dewees et al., *supra* note 92 à la p. 2.

de leurs membres devant les tribunaux. N'eût été de cette interdiction, le recours collectif n'existerait probablement pas aujourd'hui. Très rapidement, au milieu du 19^e siècle, l'attribution législative de la personnalité morale aux compagnies à capital-actions et, accessoirement le droit d'ester en justice,¹⁰⁹ règlent le cas des actionnaires qui n'ont plus dès lors l'obligation de se constituer parties devant le tribunal. Mais, pour les associations non incorporées et les groupes diffus, le problème reste entier. La reconnaissance judiciaire de ces groupes sert donc de première justification à l'intégration du recours collectif dans le *Code de procédure civile du Québec*, ce qui, à première vue, peut paraître relever de la simple fonction procédurale.

La même justification d'utilité pratique qui préside à la naissance de l'action représentative dans la vieille Angleterre vaut encore aujourd'hui à l'égard du recours collectif québécois. Le motif d'incapacité de joindre utilement toutes les personnes intéressées à la procédure (ou la réalisation impraticable de la jonction des parties) se retrouve aujourd'hui à l'article 1003(c) du Code de procédure civile sous la formule suivante : «la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67», soit les règles du mandat ou de la jonction des demandeurs.

Pourtant, il demeure incontestable que le recours collectif est beaucoup plus qu'une jonction des parties améliorée. Difficile à classer, il prend les allures d'une institution hybride, à mi-chemin entre le moyen de procédure et l'instrument de pression économique. Il hésite entre la fonction de commodité procédurale et la fonction sociale. Ses effets redonnent sa vigueur à l'exercice d'un droit substantiel qui, dans bien des cas, demeurerait purement théorique. Il vient en bouleverser les principes de même que ceux du droit judiciaire. D'aucuns le considèrent même comme un moyen pour assurer la démocratie.¹¹⁰ Il n'est pas étonnant qu'il déroute bien des gens.

109. *Joint-Stock Companies Act*, 1844 (R.U.) 7 & 8 Vict., c. 110, 1844 (R.U.) 7 & 8 Vict., c. 113, 1845 (R.U.) 8 & 9 Vict., c. 16.

110. P. Sylvestre, «Le recours collectif : une procédure essentielle dans une société moderne», dans Barreau du Québec, Service de la formation permanente, *Récents développements sur les recours collectifs (1999)*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1999 à la p. 23.

Cette fonction sociale n'est pas si nouvelle qu'on pourrait le croire. Deux motivations avouées expliquent l'apparition du recours collectif dans l'Angleterre ancestrale : la volonté d'éviter une multiplicité de poursuites et l'utilité de contourner la règle de la jonction obligatoire des parties.¹¹¹ Toutefois, l'analyse historique laisse planer une autre explication : le désir d'offrir une réponse *ad hoc* aux besoins judiciaires de certains groupes (mutuelles d'assurance, compagnies à capital-actions, etc.).¹¹² Si les deux premières révèlent clairement une préoccupation strictement procédurale, il n'en va pas de même de la troisième, laquelle soulève des enjeux de reconnaissance juridique et de pouvoir. L'histoire de l'action représentative montre que les groupes non personnifiés avaient besoin de l'aide de la cour pour affirmer leur existence, contrairement aux groupes puissants. Au 17^e siècle, dans la société seigneuriale, les villageois et les locataires ont réclamé les bénéfices de l'action de groupe; au siècle suivant, ce fut le tour des mutuelles d'assurance et des actionnaires; enfin, au 20^e siècle, les consommateurs, les environnementalistes, les victimes de désastres collectifs et les groupes de défense des droits fondamentaux ont pris le flambeau. Tous ces groupes ont emprunté la voie judiciaire pour affirmer leurs besoins et réclamer indirectement une reconnaissance législative de leurs droits.¹¹³ Vue sous cet angle, même à l'époque reculée de la Cour de Chancellerie, l'action représentative masque une fonction sociale capitale. En étendant les bénéfices du jugement aux personnes absentes, les décisions du Chancelier favorisaient à leur manière l'accès à la justice des tribunaux.

Mais il faut se garder de pousser trop loin la comparaison avec le passé. Le recours collectif moderne n'est pas le résultat d'une évolution linéaire que confirme l'histoire.¹¹⁴ Les premiers balbutiements de l'action représentative anglo-saxonne visent des groupes différents de ceux d'aujourd'hui, dans des contextes social, économique et juridique qui n'ont rien de commun avec la situation actuelle. On est loin de la grande peste, de l'incendie qui détruisit Londres et des coutumes médiévales. D'un moyen pour appliquer équitablement

111. Marcin, *supra* note 2 à la p. 520.

112. «Industrialization of Group Litigation», *supra* note 10 à la p. 523 et s., «From Group Litigation to Class Action — Part II : Interest, Class, and Representation» (1980) 27 *U.C.L.A. L. Rev.* 1067 à la p. 1086.

113. «Industrialization of Group Litigation», *ibid.* à la p. 563.

114. «Group litigation and social context», *supra* note 22 à la p. 866.

le droit seigneurial ou ecclésiastique à un ensemble de locataires ou de paroissiens, elle est passée à tout autre chose, soit l'instrument de revendication et de rétablissement des forces en présence que l'on connaît maintenant.¹¹⁵

L'histoire nous rappelle surtout que le recours collectif est matière de groupes et de besoins, mais aussi matière de pouvoir. Quand ces groupes obtiennent éventuellement le pouvoir qu'ils réclament, ce moyen n'est peut-être plus nécessaire. Mais il y a loin de la coupe aux lèvres et, en attendant que la justice sociale règne en parfaite harmonie, on n'a pas fini d'en parler. Joyeux anniversaire, cher recours collectif, et bonne et longue vie!

115. *Ibid.* à la p. 867.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RECOURS COLLECTIF, LE DROIT CIVIL ET LA JUSTICE SOCIALE

Auteur(s) : H. Patrick GLENN

Revue : *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : **39-55**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12707>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12707>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RECOURS COLLECTIF, LE DROIT CIVIL ET LA JUSTICE SOCIALE

par H. Patrick GLENN*

Le recours collectif, comme innovation processuelle importante, doit se justifier par les traditions judiciaires dont il est issu ou par sa contribution à la justice sociale. Or, le recours collectif se montre exorbitant de la tradition civiliste et aussi de la tradition de la common law. Sa légitimité ne peut non plus se justifier en fonction de sa contribution à la justice sociale car, administré par une magistrature indépendante, il nous manque inévitablement les données nécessaires pour évaluer son effet. L'expérience récente montre qu'il peut même fonctionner comme instrument de déni de justice.

The class action, as an important procedural innovation, must be justifiable by the legal traditions within which it functions, or by its contribution to social justice. Analysis demonstrates, however, its incompatibility with both the civil and common law traditions. Nor can it be justified by its contribution to social justice since, administered by an independent judiciary, it is impossible to obtain the data necessary to evaluate its effect. Recent experience demonstrates that it may even function as a instrument of denial of justice.

*, Titulaire de la chaire Peter M. Laing, Faculté de droit & Institut de droit comparé de l'Université McGill.

SOMMAIRE

I.	<i>Le recours collectif et le droit civil</i>	42
1.	Les techniques d'application du droit civil	42
2.	Le droit civil dans le contexte nord-américain	45
II.	<i>Le recours collectif et la justice sociale</i>	49
1.	L'information sur le recours collectif	50
2.	Le contrôle exercé sur le recours collectif	52
Conclusion	55

Le recours collectif québécois a vingt ans. Pourtant, son histoire n'est pas longue, puisqu'il se situe dans une tradition judiciaire québécoise qui date de plusieurs siècles, et cette tradition elle-même s'appuie sur d'autres traditions -- celles du droit civil et de la common law -- qui essaient depuis plus d'un millénaire de définir le rôle du juge face au droit. Comment le recours collectif se situe-t-il par rapport à ces traditions? La question a rarement été posée dans le débat sur le recours collectif,¹ qui a été largement dominé par des questions d'accès, d'efficacité, et de coûts. Pourtant, dans la longue durée, le recours collectif doit se montrer compatible avec ces traditions qui justifient l'activité judiciaire ou, en cas d'incompatibilité, doit se fonder sur de nouvelles justifications qui ouvriraient tout un nouveau domaine de la fonction judiciaire.

En droit privé, le droit québécois se définit comme du droit civil, c'est-à-dire, comme adhérant à la grande tradition romano-germanique qui, depuis, le 19^e siècle, existe dans le monde surtout sous forme de codification. Puisque le recours collectif est construit pour fournir une compensation individualisée, à chaque membre de la classe, il existe surtout comme instrument de mise en oeuvre du droit civil. Cela n'empêche pas son utilisation dans des domaines du droit public, mais son importance principale se trouve surtout dans l'effort de rendre efficace à travers de grands phénomènes sociaux les règles du droit civil. La première question qui se pose est donc de savoir dans quelle mesure le recours collectif est compatible avec la tradition du droit civil. Cette question ne peut cependant être posée sans prendre en considération l'influence que la common law a déjà exercé sur le système judiciaire du Québec. Le recours collectif est-il donc compatible avec cette combinaison particulière du droit civil et d'une magistrature largement influencée par la tradition de la common law? Seulement en cas d'incompatibilité avec ces deux traditions sera-il nécessaire de se demander si le recours collectif est justifiable par des notions plus larges de la justice sociale.

1. Voir, cependant, pour son attention à la question, P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996 à la p. 598 (le recours collectif facilité au Québec par l'absence d'une distinction formelle entre le droit privé et le droit public, ce qui permet l'emploi du recours collectif dans les deux domaines; et par le rôle important du juge).

I. *Le recours collectif et le droit civil*

Le droit civil se caractérise surtout par l'existence de règles de droit substantif, ou matériel, qui sont articulées de manière formelle pour assurer leur application dans la résolution des litiges. Comme l'a dit récemment un distingué juriste autrichien, un code civil est fait pour être appliqué.² En France, l'article 12 du Code de procédure civile énonce ainsi: «Le juge tranche le litige conformément aux règles de droit qui lui sont applicables». Cette idée, très simple, est très riche en conséquences pour les pays de droit civil du continent européen. Quelles sont donc ces conséquences et quelle est leur importance pour la notion du recours collectif?

1. Les techniques d'application du droit civil

Puisque le droit civil est composé de règles de droit qui sont articulées pour être appliquées, il s'en suit que le juge doit les connaître, ou au moins doit être présumé les connaître. *Jura novit curia*. Le juge connaissant les règles, il en découle que parties ne doivent plaider que des faits.³ De manière peut-être plus significative, le juge doit aussi s'assurer que les règles sont appliquées aux faits qui justifient leur application; autrement, le but de la promulgation des règles formelles serait contourné. Le juge doit donc faire enquête lui-même et ne peut pas, à l'opposé du juge de la common law, laisser la preuve des faits largement entre les mains des parties. De la nature des règles du droit civil découlait donc tout le système de procédure civile du continent européen et de la Nouvelle France.

Ces structures de la tradition civiliste ont des conséquences importantes sur la portée d'un jugement en droit civil et la possibilité de l'étendre à toute une

-
2. F. Schwind, dans Colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé (1986 : Strasbourg), *Les problèmes actuels posés par l'application des lois étrangères : actes du colloque austro-franco-germano-suisse de droit international privé comparé des 22 et 23 mai 1986*, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1988 à la p. 50 («... laisser l'application du droit à l'appréciation du juge ne correspond pas parfaitement aux exigences d'un droit codifié; dès lors, un droit doit être appliqué»).
 3. Ainsi l'article 6 du Code de procédure civile français: «À l'appui de leurs prétentions, les parties ont la charge d'alléguer les faits propres à les fonder».

classe de demandeurs. Puisque les parties ne doivent plaider que les faits, établir le lien entre les faits et le droit est la responsabilité du juge. Si le juge rejette l'action en raison d'une règle de droit donnée, mais que l'invocation d'une autre règle aurait permis de la maintenir, le rejet erroné de l'action lui est imputable. Il s'en suit alors que le demandeur devrait pouvoir reprendre son action. S'il le fait, on admet que la nouvelle action est fondée sur une autre cause d'action puisqu'une autre règle de droit est maintenant visée. La cause d'action, dans la tradition civiliste, est très étroitement définie.⁴ Le jugement, lui aussi, est étroitement défini, puisqu'il dépend de l'étendue de la cause d'action. Il n'est donc pas un jugement large et expansif, capable de s'étendre à toutes les causes d'action possibles de tous les membres d'une classe. Le concevoir autrement changerait la nature même du droit civil et de ses techniques d'application.

L'incompatibilité de la tradition du droit civil avec le recours collectif se concrétise dans le principe de la relativité du jugement. Le jugement n'a pas d'effet *erga omnes* et ne peut s'appliquer qu'entre les parties au procès.⁵ Ces parties sont nécessairement nommées et doivent démontrer un intérêt personnel et direct dans la poursuite de leur action.⁶ Autrement, le juge statuerait sur des causes d'action multiples et larges et cela en l'absence d'une allégation des faits particuliers à la situation de chaque plaideur. Il en est autrement en droit public, où des remèdes peuvent être plus larges et collectifs pour mettre en oeuvre des notions de légalité dites «objectives.»⁷ En droit privé, cependant, qui est le domaine des particuliers, la subjectivité et la particularité de chaque cause empêchent des jugements plus englobants. Appliquer le droit civil, c'est l'appliquer à l'égard d'un individu; si le droit est appliqué autrement qu'à l'égard d'un individu, ce n'est plus le droit civil.

-
4. Voir J. Vincent et S. Guinchard, *Procédure civile*, 24e éd., Paris, Dalloz, 1996. (Les divers cas de recherche de la paternité naturelle constituent autant de causes différentes, d'autres exemples); R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 2d éd., Paris, Editions Montchrestien, 1986 à la p. 581.
 5. Perrot, *supra* note 4 aux pp. 582-583; Vincent et Guinchard, *supra* note 4 à la p. 170 («... la chose jugée qui lie les plaideurs n'a aucun effet à l'égard des tiers»).
 6. L. Cadet, *Droit judiciaire privé*, 2e éd., Paris, Litec, 1998 à la p. 365.
 7. Pour l'intérêt en contentieux en droit administratif français voir J. Vincent, G. Montagnier et A. Varinard, *la justice et ses institutions*, 2e éd., Paris, Dalloz, 1985 aux n^{os}. 726, 731.

Il est évident que le recours collectif et cette tradition du droit civil s'affrontent, et même brutalement. L'article 2848, para. 2, du Code civil du Québec -- «... le jugement qui dispose d'un recours collectif a l'autorité de la chose jugée ...» est impensable à l'intérieur de la tradition. D'ailleurs, avec les connaissances que nous possédons maintenant du fonctionnement du recours collectif, l'incompatibilité avec la tradition civiliste s'aggrave, car il devient évident que le recours collectif exerce son effet non pas uniquement sur les règles de procédure, mais aussi sur les règles de fond, sur le corpus même du droit civil. Ainsi, le jugement portant sur un recours collectif en matière de responsabilité civile peut condamner un défendeur, et ainsi faire une détermination de sa faute, sans qu'il n'y ait preuve du dommage souffert par chaque membre de la classe et preuve du lien de causalité entre le dommage de chaque membre et l'activité du défendeur.⁸ Les conditions de la responsabilité civile sont changées; le droit civil se retrouve à la remorque de la procédure, conçue de cette manière collective. Il n'est plus le même droit civil, ayant subi un changement profond, mais occulte, puisque le texte de la loi, le texte du Code, demeure inchangé.

Les pays de droit civil du continent européen restent donc réfractaire au recours collectif et les réactions à son égard sont souvent d'une certaine vigueur. Parlant des procédures collectives en matière de faillite, sans même envisager une notion plus large de recours collectif, le professeur Oppetit s'est exprimé récemment dans les termes suivants:

«...on sait à quel arbitraire, à quelle subjectivité, aboutit cette casuistique générée par un droit plus institutionnel que matériel dès lors que la part de la décision y est plus importante que celle de la règle; de même, le droit des procédures collectives, détaché aujourd'hui de toute logique du droit de l'obligation et de l'exécution et ordonné à la réalisation d'objectifs purement économiques ... est devenu le droit de l'aléatoire, sacrifiant délibérément les principes du

8. Voir H. P. Glenn, «Class Actions and the Theory of Tort and Delict» (1985) 35 U. of T.L.J. 287; Lafond, *supra* note 1 à la p. 279; et aux États-Unis, R. Marcus, «They Can't Do That, Can They? Tort Reform via Rule 23» (1995) 80 Cornell L. Rev. 858 à la p. 876; J. Siliciano, «Mass Torts and the Rhetoric of Crisis» (1995) 80 Cornell L.Rev. 990 à la p. 1011.

droit des obligations et des sûretés sans même atteindre pour autant à l'efficacité dont il se réclame et prétend se légitimer»⁹

De manière plus tempérée, un observateur grec, grand connaisseur de la procédure civile dans toutes ses manifestations nationales, observe que le juriste civiliste:

« ... tend à placer les recours collectifs dans le contexte plus large des parties nécessaires à chaque action ... [et] voit toute l'institution du recours collectif comme un carrefour de plusieurs avenues typiques du droit américain, plutôt comme un phénomène isolé ...»¹⁰

Le recours collectif serait donc le produit du croisement de plusieurs idées ou principes du droit et de la procédure civile, qui peut exister dans certains contextes, mais non dans d'autres. Il serait incompatible avec le droit civil, proprement compris, mais serait par contre le produit d'une autre conception de la procédure, et du rôle du juge, qui est celle de la common law, du moins dans sa version nord-américaine. Il faut donc chercher la justification processuelle du recours collectif dans cette version nord-américaine du droit civil qu'est le droit québécois, ouvert à certaines influences de la common law.

2. Le droit civil dans le contexte nord-américain

Le droit québécois n'est plus le droit de la Nouvelle France. Son droit civil a déjà été codifié deux fois, soit en 1866 et 1994. Cette codification est cependant compatible avec l'évolution historique de la tradition romano-germanique, et les codifications au Québec auraient permis au droit québécois de se maintenir à l'intérieur de cette grande tradition, du moins quant aux sources formelles de son droit civil.¹¹ Un Code civil est fait, cependant, pour

9. B. Oppetit, «Droit et économie» (1992) 37 Arch. phil. dr. 19 à la p. 25, ré-imprimé dans B. Oppetit, *Droit et modernité*, Paris, Presses universitaires de France, 1998 à la p. 169, avec la citation à la p. 180.

10. K. Kerameus, «A Civilian Lawyer Looks at Common Law Procedure» dans K. Kerameus, *Studia Iuridica III*, Athens, Sakkoulas/Kluwer, 1995 à la p. 15.

11. Voir, cependant, pour la perte d'influence des codifications européennes dans le monde, avec la croissance des modèles indigènes de codification, H. P. Glenn, «The Grounding of Codification» (1998) 31 U.C. Davis L. Rev. 765.

être appliqué, et ce sont les moyens d'application du droit civil qui, au Québec, ont changé sous l'influence de la common law et de sa conception du rôle du juge.

Dès le milieu du 19^e siècle le concept du juge au Québec se modifie, avec l'instauration de l'immunité judiciaire et l'élimination de la prise-à-partie de l'ancien droit.¹² Avec la première codification du droit civil en 1866, l'écart entre le droit judiciaire continental et le droit québécois s'accroît. Le nouveau Code civil du Bas-Canada n'interdit pas les arrêts de règlement, comme l'a fait textuellement l'article 5 du Code civil français.¹³ Le juge québécois n'est pas tenu responsable pour déni de justice en cas de refus de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi.¹⁴ La jurisprudence, lentement, acquiert une certaine respectabilité. En 1897, avec la deuxième codification de la procédure civile, on en tire des conséquences. L'enquête -- l'obligation imposée au juge d'établir les faits pour mieux appliquer la loi -- est abolie. Dorénavant, le Code civil sera appliqué selon un modèle accusatoire (*adversarial*) de procédure. Ce sera aux parties de fournir et d'administrer les preuves nécessaires à leur cas. Le juge ne sera plus tenu à l'application correcte de la loi; lentement il ne sera même plus présumé la connaître. On exige que les parties citent les précédents judiciaires; on s'approche du principe de «l'ignorance judiciaire» de la common law. Le Code sera appliqué, ou non, selon la volonté de cette nouvelle magistrature.

La transformation de la magistrature québécoise étant largement effectuée, ce sont les grands principes de la procédure civile qui seront nécessairement mis en cause par la suite, et ce processus est demeuré très actuel. La procédure civile de la common law est différente de celle de la tradition romano-germanique. Historiquement, la common law représenterait une tradition que le professeur Jolowicz a récemment appelé «la justice

12. Pour le processus, voir H. P. Glenn, «La responsabilité des juges» (1982-83) R.D. McGill 228 aux pp. 237-239.

13. «Il est défendu aux juges de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.»

14. Comparer les articles 4 du Code civil français et 11 du Code civil du Bas-Canada (interdiction du refus de juger dans les deux cas mais seul le juge français peut être poursuivi comme coupable de déni de justice).

procédurale».¹⁵ Elle visait avant tout la résolution des différends, et était largement indifférente à la *manière* de les résoudre. Cette tâche appartenait plutôt au jury; la common law s'occupait surtout de la procédure pour arriver devant cette source des jugements. Le contraste, c'est avec une tradition de «justice substantive», qui serait celle du droit civil (un Code est fait pour être appliqué). Ainsi, la common law a toujours été beaucoup plus ouverte aux transactions des parties. En l'absence d'un droit pré-établi à appliquer à leur cause, il est plus facile d'encourager la transaction des parties que de faire du nouveau droit pour eux. Dans les pays de common law, il faut donc lutter *contre* les «*settlements*» au nom de la justice substantive, car la notion de la justice substantive ne serait pas un acquis du système judiciaire.¹⁶

Le jugement judiciaire étant une chose plus rare dans la common law que dans le droit civil, il est normal qu'il acquiert plus d'importance. Il ne s'agit pas seulement de sa force de précédent, bien connue, mais (ce qui est plus important pour notre discussion du recours collectif) de l'étendue de la force de *res judicata* qui est assignée au jugement. On retrouve ici l'une des grandes différences de structure entre les traditions du droit civil et de la common law. Car si le droit civil, dans sa version continentale, restreint très sévèrement la notion de chose jugée vu le caractère investigatif de sa procédure (la partie perdante doit pouvoir poursuivre encore une fois si le juge n'a pas bien épuisé les motifs juridiques de la cause), la common law gonfle délibérément ses jugements pour empêcher toute poursuite ultérieure. La définition de la cause d'action est très large dans la common law, car c'est aux parties de la définir dans le système accusatoire de la procédure. Ce sont les parties qui portent la responsabilité de tout inclure dans leurs plaidoiries -- écrites ou orales. Si elles ne le font pas, elles perdent leur chance; toute cause d'action est submergée dans le jugement, qui constitue un obstacle à toute action ultérieure (la notion de *merger and bar*). Qui plus est, la common law connaît une notion supplémentaire de *res judicata* qui est l'*issue estoppel*. Même là où la cause d'action est différente, et dans une cause distincte, une partie peut être empêchée

15. J. A. Jolowicz, «The Woolf Report and the Adversary System» (1996) 15 Civil Justice Quarterly 198 à la p. 210.

16. Voir, par exemple, O. Fiss, «Against Settlement» (1984) 93 Yale L. J. 1073 à la p. 1075 («... settlement is a capitulation to the conditions of mass society and should be neither encouraged nor praised»).

de soulever de nouveau une question qui a reçu une réponse dans un premier litige, ce qui n'a pas d'équivalent dans la procédure civile continentale.

Le droit québécois contemporain est ambiguë sur ces questions. Le changement au système accusatoire de procédure implique une notion plus large de la cause d'action ainsi que de la chose jugée. A cet effet, on retrouve effectivement une version québécoise de la notion de *merger and bar* de la common law.¹⁷ Cependant, dans son dernier arrêt en droit québécois portant sur la question, la Cour suprême a adopté une version très étroite et très continentale des notions de cause d'action et de chose jugée, ce qui est très difficile à concilier avec la force de chose jugée qui est accordée au jugement portant sur le recours collectif.¹⁸ Il n'y aurait pas non plus une notion de *issue estoppel* en droit québécois.

La procédure de la common law serait donc plus compatible avec le jugement portant sur le recours collectif. La procédure québécoise l'est moins, n'étant pas entièrement acquise aux notions de la common law en matière de jugements. D'ailleurs, même la common law a largement résisté au recours collectif à travers la majeure partie de son histoire. L'action dite représentative, formulée dans la common law pour donner suite à certaines idées d'*Equity* (où, pourtant, il n'y avait pas de dommages-intérêts accordés) est vite tombée en désuétude complète, tandis que les juges britanniques résistent toujours au recours collectif.¹⁹ Seulement aux États-Unis, et cela en parallèle avec le développement statuaire du recours collectif, peut-on constater un développement plus vigoureux de la notion de chose jugée. Il s'agit de la notion de *non-mutual issue estoppel* -- l'application à des tierces personnes des décisions prises dans le cadre d'un premier litige -- qui constituerait un recours

-
17. Voir, sur l'épuisement des causes d'action dans le jugement, A. Nadeau et L. Ducharme, *Traité de droit civil du Québec : La preuve en matières civiles et commerciales*, t. 9, Montréal, Wilson et Lafleur, 1965 à la p. 483 («On ne peut diviser ... ses recours ...»).
18. Voir *Rocois Construction Inc. c. Québec Ready Mix Inc.* [1990] 2 S.C.R. 440 (l'existence de deux règles de droit applicables à un ensemble de faits engendrait en principe un dualité de causes d'action). Le jugement s'appuie presque entièrement sur la doctrine française.
19. Pour l'histoire du rejet du recours collectif en droit anglais, voir H. P. Glenn, «The Dilemma of Class Action Reform» (1986) 6 Oxford J. Leg. Studies 262 aux pp. 263-265.

collectif informel, sans fondement législatif.²⁰ Ce développement est entièrement nouveau dans l'histoire de la common law, ce qui nous mène à la conclusion que ni la tradition de la common law ni celle du droit civil n'apporte le fondement de légitimation qui serait nécessaire pour justifier un développement processuel si radical.

Il faut donc poser notre deuxième question principale, qui vise à savoir si le recours collectif se justifie par une notion plus large de justice sociale, ce qui entraînerait nécessairement une modification profonde de ces traditions judiciaires.

II. *Le recours collectif et la justice sociale*

L'objectif du recours collectif, c'est de rendre la justice accessible à des tranches entières de la population. S'il s'agit d'une justice non-individualisée, d'une justice approximative (*rough justice*), il s'agirait quand même de la justice, et toute forme de justice serait préférable à son absence. Nous devons donc penser la justice autrement; non plus uniquement sous forme individualisée, mais aussi sous forme collective, en gros aussi bien qu'en détail. Les tribunaux joueraient ainsi un rôle dans les grands mouvements sociaux et pourraient corriger ces grands mouvements lorsque leurs coûts se révéleraient trop élevés. Le juge entrerait sur un nouveau terrain, mais les bienfaits de son activité justifieraient cette extension de son rôle traditionnel.

Tel est du moins l'argument essentiel derrière l'instauration du recours collectif. On peut, certes, accepter l'argument, qui est, il faut l'admettre, très séduisant. Le recours collectif comporte des bénéfices sociaux et il faut donc l'accepter. On sait, cependant, que le recours collectif est critiqué -- par des abominables processuelistes, par des défenseurs, critiqué par des membres de classe déçus. Ne peut-on donc pas, pour répondre à ces critiques, *démontrer* les bienfaits du recours collectif; démontrer comment l'extension du rôle judiciaire donne lieu à une justice plus sociale; démontrer comment une justice approximative est préférable à son absence? C'est demander, au fond, de

20. Voir G. Watson, «Duplicative Litigation: Issue Estoppel, Abuse of Process and the Death of Mutuality» (1990) 69 Rev. du B. can. 623.

l'information sur le fonctionnement du recours collectif, ou au moins de la confiance dans le contrôle de son fonctionnement.

1. L'information sur le recours collectif

Il y a pourtant un problème avec l'idée que le recours collectif se justifie par ses résultats. C'est que ces résultats seraient le produit de l'oeuvre des juges et des tribunaux, et les juges et les tribunaux ne sont pas obligés de fournir de l'information sur leurs activités, du moins sous forme d'information cumulative. Ils sont même incapables de la fournir. Il y a d'ailleurs des raisons profondes pour cette incapacité. Chez nous le juge n'est pas politiquement responsable. Il est indépendant et, à l'opposé du pouvoir exécutif ou législatif, ne doit pas rendre compte, de manière cumulative, de l'exercice de son pouvoir. Même au niveau étatique aux États-Unis, où le juge est souvent élu, il est impossible de savoir, cumulativement, ce qu'un juge a fait. On peut lire ses jugements, ou au moins certains de ses jugements, mais le système judiciaire ne produit que des jugements et non pas une *politique* de ses jugements, ou un rapport sur la mise en oeuvre de cette politique des jugements.

Le résultat de cette singularité du pouvoir judiciaire, c'est qu'*il est impossible de savoir comment le recours collectif fonctionne dans une société et que sont ses effets*. Cette affirmation, très large, semble être niée à première vue par l'étendue du débat sur le recours collectif. Quelle est la nature, cependant, de notre ignorance -- inéluctable -- du fonctionnement du recours collectif?

Un premier niveau d'ignorance, moins sévère au Québec qu'ailleurs, consiste en une absence de données sur la fréquence et sur les résultats des recours collectifs. Au Québec, cette ignorance est moins sévère à cause du travail dévoué du Fonds d'aide aux recours collectifs qui, dans ses rapports annuels, fournit des statistiques sur le nombre de recours intentés et leur progression.²¹ Ailleurs la situation est catastrophique. En Ontario, où le recours

21. Fonds d'aide aux recours collectifs, *Rapport annuel 1996-97*, Montréal, Fonds d'aide aux recours collectifs, 1997 aux pp. 8-12.

collectif est très récent,²² il est déjà impossible de savoir combien de recours collectifs ont été intentés.²³ Au niveau fédéral aux États-Unis, il existe une compilation très sommaire du nombre de recours collectifs intentés;²⁴ au niveau étatique, l'ignorance est profonde et systémique.

Même au Québec, où les statistiques sur le recours collectif sont les plus développées au monde, il est impossible de connaître le véritable impact du recours collectif sur la société. Le professeur Lafond a constaté que «l'état des dossiers disponibles ne révèle que très rarement le suivi de la distribution des deniers» et cela parce que le processus de distribution aurait été délégué à un officier judiciaire et n'aurait pas fait l'objet d'une décision judiciaire.²⁵ La même constatation s'impose à l'égard des transactions approuvées par la cour. «[B]ien souvent, la déclaration de la transaction n'est pas produite au dossier du tribunal, ce qui rend tout simplement impossible l'étude de la mise en oeuvre».²⁶ On ne peut donc pas savoir qui reçoit quoi, qui ne reçoit rien, et pour quels motifs. La justice approximative se révèle comme une justice occulte et non transparente.

Serait-il suffisant, par ailleurs, de conclure qu'un simple transfert de richesse a eu lieu, pour justifier le recours collectif? Un défendeur est obligé, ou s'oblige, à mettre une somme d'argent à la disposition des membres d'une classe et cela, en soi, représenterait une augmentation du niveau de justice dans la société. Si on peut constater un appauvrissement d'un défendeur, il reste cependant très difficile d'évaluer cet appauvrissement en fonction de la justice sociale. On ne peut pas savoir si l'appauvrissement a servi à compenser ce qui devait être compensé, ou s'il a plutôt servi comme technique de transfert arbitraire de richesse. Aux États-Unis, on fait donc remarquer que les transactions des recours collectifs «... may offer a good deal to some

22. Voir H. P. Glenn, «Class Proceeding Act, 1992, S.O. 1992, c. 6 -- Law Society Amendment Act (Class Proceedings Funding), 1992, S.O. 1992, c. 7.» (1993) 72 Rev. du B. can. 568.

23. Voir J. Campion et V. Stewart, «Class Actions: Procedure and Strategy» (1997) 19 Advocates' Quarterly 20 à la p. 56, note 120 («Determining exactly how many cases have been commenced under the *Class Proceedings Act* is virtually impossible as there is no central repository of such information»).

24. Voir *Annual Report of the Director of the Administrative Office of the United States Courts* (Washington, D.C.).

25. Lafond, *supra* note 1 à la p. 481.

26. Lafond, *supra* note 1 à la p. 482.

claimants». ²⁷ C'est tout ce que l'on peut dire et c'est finalement ne rien dire. Ce découplage du recours collectif de tout critère d'évaluation a fait l'objet d'au moins une étude aux États-Unis, dans laquelle on a constaté que les transactions des recours collectifs en matière de sûretés mobilières n'auraient nullement été affectées par des différences de fond entre les recours; les transactions se chiffraient dans tous les cas autour de 25% des dommages-intérêts postulés. ²⁸ C'est imaginer un Code civil qui donne toujours des résultats identiques; un Code civil imaginaire et non pas un Code civil qui est appliqué.

2. Le contrôle exercé sur le recours collectif

Puisqu'il nous manquent -- et nous manquera toujours --- l'information pour justifier les bienfaits du recours collectif, est-il possible de justifier notre croyance en ces bienfaits par notre confiance envers ceux qui contrôlent son emploi, soit les avocats et les juges? Il faut considérer les avocats et les juges ensemble, car l'avocat seul, face aux membres absents de la classe qu'il représente, serait dans une situation de conflit d'intérêt institutionnalisé, ²⁹ d'où la nécessité de l'approbation du juge pour toute transaction affectant les intérêts des membres de la classe.

Le contrôle exercé par les avocats et les juges serait-il donc adéquat pour conclure que le recours collectif fonctionne pour le mieux et non pas pour le pire? Une certaine analogie peut être faite avec le pouvoir de surveillance et de contrôle exercé par les juges sur les agences administratives. Cependant, il y a une différence fondamentale entre les deux situations, en ce sens que les agences

27. Marcus, *supra* note 8 à la p. 859 (notre emphase).

28. J. Alexander, «Do the Merits Matter? A Study of Settlement in Securities Class Actions» (1991) 43 Stanford L. Rev. 497 aux pp. 499, 500 (l'auteur vient à la conclusion, à la p. 501, que le recours collectif en matière de sûretés mobilières représente une forme d'assurance «grotesquement inefficace» contre des pertes sur la bourse des actions).

29. Voir R. Cramton, «Individualized Justice, Mass Torts, and `Settlement Class Actions': An Introduction» (1995) 80 Cornell L. Rev. 811 à la p. 822 («Class action lawyers ... are their own clients in the sense that their fiduciary responsibilities to class members are what they determine them to be in the absence of court supervision and scrutiny»); et voir, dans le droit des États-Unis, la notion de «l'inventaire» des demandes des avocats des classes, Cramton, *supra* à la p. 825; J. Coffee Jr., «The Corruption of the Class Action: The New Technology of Collusion» (1995) 80 Cornell L. Rev. 851 à la p. 856.

administratives sont *déjà* soumises à un contrôle politique, législatif et administratif. Le contrôle judiciaire constitue donc un contrôle sur la pathologie du système administratif dont les bienfaits et les méthodes sont déjà établis dans leur ensemble par d'autres processus institutionnels. Avec le recours collectif, cependant, il n'y a point de système administratif établi pour donner effet à un jugement collectif. Il n'y a qu'un processus de délégation de la résolution des demandes, un processus qui est, comme nous l'avons déjà vu, essentiellement occulte et irresponsable. Le contrôle négatif exercé par le juge ne nous dit donc rien sur la mise en vigueur des jugements collectifs dans leur ensemble. La lacune informationnelle n'est pas éliminée par un contrôle négatif et occasionnel.

La faiblesse du contrôle judiciaire devient surtout évidente quand il s'agit de la «voie privilégiée» d'administration des jugements collectifs qu'est la transaction.³⁰ La pratique récente états-unisienne est très instructive à cet égard. Si on peut transiger pour régler les demandes d'une classe, rien n'empêche de transiger avant même l'introduction formelle du recours collectif. Un défendeur potentiel peut même initier des pourparlers avec des avocats ayant déjà établi des contacts avec des membres d'une classe. Pourquoi un avocat serait-il intéressé à négocier une transaction avant même l'introduction du recours collectif? Pour toutes les raisons habituelles mais aussi, dans le cadre du recours collectif, pour être reconnu par le défendeur comme avocat de la classe et pour obtenir le consentement du défendeur à l'introduction du recours sans être obligé d'établir les conditions normales nécessaires à son autorisation. Aux États-Unis, on parle ainsi de «collusion» entre les défendeurs et les avocats dans l'introduction des «settlement class actions»³¹ Le «settlement class action», c'est le recours collectif intenté en même temps -- le jour même -- que la soumission de la transaction au juge. On pr présente au juge un marché conclu («*done deal*»), souvent très complexe et dans lequel les membres potentiels ou éventuels -- ceux dont les dommages ne sont pas encore manifestes -- sont traités de manière moins favorable que ceux qui sont déjà inclus dans

30. Lafond, *supra* note 1 à la p. 536.

31. Coffee, *supra* note 29; il faut noter que la Cour suprême des États-Unis est intervenue pour annuler une telle transaction lorsque les conditions nécessaires à son autorisation n'ont pas été respectées. Voir *Amchem v. Windsor* 117 S. Ct. 2231 (1997).

«l'inventaire» des demandes de l'avocat de la classe.³² Le recours collectif transactionnel s'est déjà manifesté au Québec et a donné lieu à l'approbation judiciaire d'une transaction dans laquelle les membres éventuels sont traités moins favorablement que les membres actuels.³³ Pour le membre éventuel qui est exclu de la transaction, le recours collectif constitue un déni de justice et non un moyen d'accès.

On conclut donc qu'aux États-Unis les juges n'exercent guère de contrôle sur le contenu des transactions qui leur sont soumises.³⁴ Dans son étude au Québec, le professeur Lafond en vient à la même conclusion.³⁵ Le professeur Cramton, aux États-Unis, constate le «chaos and lawlessness» qui caractérise les recours collectifs transactionnels dans le domaine de la responsabilité civile.³⁶

Dans tout cela, il faut résister à l'idée qu'il y aura la faute de quelqu'un -- avocat, juge ou défendeur -- qui fait en sorte que les résultats des recours collectifs sont si discutables. Ces résultats sont inévitablement discutables, même non-connaissables, et les acteurs du processus font face à ce que l'on désigne dans d'autres circonstances comme des «choix tragiques».

32. Voir, pour les caractéristiques de l'action, Cramton, *supra* note 29; J. Henderson, «Comment: Settlement Class Actions and the Limits of Adjudication» (1995) 80 Cornell L. Rev. 1014.

33. *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.* (le 16 avril 1998), Montréal 500-06-000005-955, J.E. 98-1200 (C.S.). Le sommaire dans la Jurisprudence Express ne fait pas mention du fait que la transaction exclue toute demande de la part de celles dont les dommages se manifestent à l'extérieur d'une période de six ans.

34. C. Menkel-Meadow, «Ethics and the Settlements of Mass Torts: When the Rules Meet the Road» (1995) 80 Cornell L. Rev. 1159 aux pp. 1168-1169 («Judges ... scrutinize the deal only to be sure that the deal appears to give the claimants something they would not have otherwise received. This reflects the age-old notion that a good negotiated result is one that leaves all the parties unhappy»); J. Macey et G. Miller, «A Market Approach to Tort Reform via Rule 23» (1995) 80 Cornell L. Rev. 909 à la p. 912 («... judicial review of settlement and attorney's fee requests rarely involve a thorough investigation of whether the settlement or fee is in the best interest of the class ethics rules ... are unworkable and counter-productive in some cases»); Coffee, *supra* note 29 à la p. 1348 (avec indication des taux d'approbation de 89% et 87% après des auditions judiciaires de 30 à 40 minutes).

35. Lafond, *supra*, note 1, à la p. 495.

36. Cramton, *supra*, note 29, à la p. 836.

Conclusion

Peut-on donc justifier le recours collectif? On ne le sait pas, et on ne saura peut-être jamais. Jusqu'à présent, cependant, le recours collectif s'est révélé incapable de générer l'information nécessaire à sa justification. Il demeure une aberration dans la tradition du droit civil, car on ne sait pas quel droit est appliqué, et se présente aussi comme une aberration dans la tradition de la common law. C'est notre ignorance, le manque de données essentielles, qui domine toute la discussion du sujet.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RECOURS COLLECTIF FAVORISE L'ACCÈS À LA JUSTICE POUR
LES CONSOMMATEURS

Auteur(s) : Louise ROZON

Revue : RDUS, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 57-66

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12708>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12708>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RECOURS COLLECTIF FAVORISE L'ACCÈS À LA JUSTICE POUR LES CONSOMMATEURS

par Louise ROZON*

Nous croyons pertinent de souligner, tout d'abord qu'Option consommateurs, une association de consommateurs à but non lucratif vouée à la défense et la promotion des droits des consommateurs, s'est impliquée dans dix recours collectifs depuis dix ans, et qu'elle considère, dans certaines circonstances, cette procédure comme un moyen d'intervention efficace pour défendre les droits des personnes qu'elle vise à protéger. Notre analyse est donc teintée par notre expérience terrain du recours collectif dans le secteur particulier du droit de la consommation.¹

La *Loi sur le recours collectif* a été adoptée dans la vague des mesures progressistes des années 70 visant à favoriser un plus grand accès à la justice.² Près de vingt ans plus tard, cet objectif a-t-il été atteint? Malgré la présence d'un certain nombre de lacunes, nous considérons que oui. En effet, l'existence de la procédure du recours collectif accroît l'accès à la justice pour le simple citoyen, et ce, de manière plus marquée ces dernières années.

Dans notre société de consommation et dans le contexte de la mondialisation des marchés, il est fréquent de rencontrer ce qu'on appelle des préjudices collectifs. En effet, un problème de consommation peut toucher d'un seul coup des dizaines, voire des milliers de consommateurs. En guise d'exemples, prenons la mise en marché d'un produit qui s'avère finalement dangereux pour la santé, les fausses informations données lors de la vente de vacances à forfait, les

*. Directrice d'Option consommateurs.

1. D'ailleurs, comme le souligne Me Pierre-Claude Lafond dans son dernier ouvrage sur le recours collectif, une étroite association est souvent établie entre le recours collectif et le droit de la consommation. P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Éditions Thémis, 1996 à la p. 6.

2. *Loi sur le recours collectif*, L.Q. 1978, c. 8, entrée en vigueur le 19 janvier 1979. Il est opportun de souligner que cette loi n'a pas été adoptée sans contestation de la part du milieu des affaires et des professionnels qui croyaient que certains citoyens allaient utiliser cette procédure sans fondement juridique et dans le seul but de nuire aux commerçants ou aux professionnels. P.-C. Lafond, *supra* note 1 à la p. 337.

défauts de fabrication de certains biens de consommation, l'offre de services bancaires non conforme au droit existant, etc.

Déjà, la procédure du recours collectif a été d'un grand secours pour des milliers de justiciables dans des secteurs de consommation très variés : services de voyages,³ services financiers,⁴ services de câblodistribution,⁵ prothèses mammaires remplies de gel de silicone,⁶ produits d'assurances,⁷ services de transport en commun,⁸ etc. Sans l'existence du recours collectif, la grande majorité des consommateurs concernés n'auraient tout simplement pas obtenu justice.⁹

Il est cependant clair qu'à ses débuts, le recours collectif n'a pas connu une envolée spectaculaire. La loi comportait alors une lacune importante : si le représentant perdait sa cause, il devait payer les frais judiciaires équivalant à 1 % de la réclamation pour les litiges dépassant 100 000 \$. Heureusement, ces frais ont été abolis en 1982.¹⁰ Par contre, les modifications apportées n'ont pas

-
3. À titre d'exemple voir : *Comartin c. Bordet (Euro-American Voyages)* [1984] C.S. 584; *Bouchard c. Les entreprises Dorette VA/GO inc.*, [1997] R.J.Q. 2579 (C.S.) [ci-après Bouchard]. Me Pierre-Claude Lafond mentionne dans son ouvrage que le secteur du voyage est un des secteurs où le recours collectif est tout à fait approprié pour indemniser les consommateurs lésés. P.-C. Lafond, *supra*, note 1 aux pp. 620-622.
 4. Voir *Tremblay c. Confédération des caisses populaires d'économie du Québec*, (30 juin 1998) Montréal 500-06-000018-966 (C.S.).
 5. Voir notamment *Plouffe c. Télécâble de Québec inc.*, [1980] R.P. 337 (C.S.) [ci-après Plouffe].
 6. Voir, entre autres, *ACEF-Centre c. Bristol Myers Squibb Company*, (16 janvier 1997) Montréal 500-06-000004-917, J.E. 97-621 (C.S.) [ci-après ACEF-Centre].
 7. Voir *Podmore c. Sun Life Canada*, (16 janvier 1998) Montréal 500-06-000015-962 (C.S.) [ci-après Podmore].
 8. Dans son ouvrage, Me Pierre-Claude Lafond indique un taux de succès important des poursuites en recours collectif relatives aux services de transport en commun. P.-C. Lafond, *supra*, note 1 aux pp. 623-624.
 9. Dans le dernier rapport annuel du Fonds d'aide aux recours collectifs, le président précisait ce qui suit : «Ce bilan est particulièrement éloquent et nous permet d'affirmer, encore une fois, que le recours collectif est très bien adapté pour que s'exercent des droits autrefois ignorés faute de moyens financiers et d'un véhicule procédural adéquat». Fonds d'aide aux recours collectifs, *Rapport annuel 1996-1997*, Montréal, 1997 à la p. 5.
 10. *Loi modifiant le Code du travail, le Code de procédure civile et d'autres dispositions législatives*, L.Q. 1982, c. 37, art. 24, ajoutant l'article 1050.1 Code de procédure civile du Québec.

éliminé toutes les difficultés liées au coût, surtout pour le représentant qui ne reçoit aucune aide financière du Fonds d'aide aux recours collectifs.¹¹

Dans le texte qui suit, nous exposons dans un premier temps en quoi le recours collectif est efficace pour indemniser, de façon individuelle ou collective, les consommateurs victimes de pratiques commerciales malhonnêtes.¹² Dans un deuxième temps, nous présentons les principaux correctifs à apporter en vue d'améliorer cette procédure et de favoriser davantage son utilisation.

1. Le recours collectif : une procédure qui favorise l'accès à la justice

Nous sommes d'avis que la procédure du recours collectif constitue notamment un moyen d'intervention efficace pour défendre les droits des consommateurs. D'ailleurs, nous observons que, depuis quelques années, ce mode d'intervention est de plus en plus utilisé par les associations de consommateurs.¹³

Cette procédure est intéressante, puisqu'un seul règlement ou jugement favorable au représentant permet d'indemniser, de façon individuelle ou collec-

11. P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 484-490.

12. Dans le cadre d'un recours collectif, le recouvrement des sommes dues par le défendeur peut se faire de façon individuelle ou collective. Voir, pour plus de précisions à cet effet : P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 454-465. À titre d'exemple, dans la cause *ACEF-Centre c. A.Q.P.P.*, (3 février 1997) Montréal, 500-06-000006-953 (C.S.), le tribunal, s'inspirant de l'article 1034 Code de procédure civile, a permis que près de 90 % d'un montant de 500 000 \$ soit distribué aux centres d'hébergement pour femmes en difficulté, le solde a été distribué au Fonds d'aide aux recours collectifs ainsi qu'à quatre associations de consommateurs.

13. Huit ans après l'entrée en vigueur de la *Loi sur le recours collectif* aucune des trois grandes fédérations d'associations de consommateurs ne l'avait encore utilisé pour défendre les droits des consommateurs. L. Julien, «Recours collectif, les associations de consommateurs boudent» (1987) 10 *S'en Sortir* aux pp. 20-22. Par contre, dans les années 90, plusieurs recours collectifs ont été exercés par des associations de consommateurs. Notre association, Option consommateurs, compte à elle seule huit recours collectifs depuis 1990. Deux de ces recours ont fait l'objet d'un règlement à l'amiable, les autres ne sont pas réglés. Notons, qu'Option consommateurs a exercé deux recours collectifs avant 1990, ce qui porte à 9 le nombre de recours exercés jusqu'à présent.

tive, des milliers de personnes, qui, autrement, n'auraient pas obtenu justice.¹⁴ Les exemples sont nombreux. En 1996, Option consommateurs (anciennement l'ACEF-Centre de Montréal) et Mme Power obtenaient un règlement de 28 millions de dollars visant à indemniser environ 5000 femmes porteuses de prothèses mammaires fabriquées par Bristol Myers Squibb.¹⁵ Les indemnités prévues varient entre 1000 et 60 000 dollars par femme. Récemment, un règlement de même nature est intervenu avec un autre fabricant de prothèses mammaires, la compagnie Baxter.¹⁶ Dernièrement, dans le cadre d'un autre recours collectif, un règlement est intervenu avec Sun Life Canada et 400 000 assurés du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique qui se partageront la somme de 64 millions de dollars.¹⁷ Par ailleurs, dans le domaine du voyage, en 1997, le juge Décarie de la Cour supérieure du Québec a accueilli une action en recours collectif contre un grossiste au montant de 254 900 \$.¹⁸ Celui-ci fut condamné à rembourser intégralement le coût du voyage de 180 clients et à verser un montant forfaitaire de 250 \$ par semaine de voyage à titre de dommages généraux. Il serait possible d'en énumérer plusieurs autres.

Il est intéressant de noter qu'en 1996, Me Claude Masse a réalisé une étude sur les décisions, où les juges ont interprété les diverses dispositions de la *Loi sur la protection du consommateur*,¹⁹ rendues dans les 25 dernières années.

14. De 1979 à 1997, 26 actions ont été accueillies en recours collectif, alors que seulement 9 actions ont été rejetées. Notons également que 29 dossiers ont été réglés à l'amiable et qu'il y a eu 2 désistements. Au total, 396 dossiers ont été ouverts à la Cour supérieure, et ce dans l'ensemble des districts judiciaires du Québec. Ainsi, environ 330 dossiers ne sont toujours pas réglés. Ces informations nous ont été transmises par le Fonds d'aide aux recours collectifs. Après 18 ans, 396 dossiers ouverts après 18 ans, cela peut paraître minime, mais lorsqu'on sait qu'un seul dossier réglé peut rejoindre des milliers de citoyens, c'est une autre histoire.

15. *ACEF-Centre*, *supra* note 6.

16. *Pelletier c. Baxter Healthcare Corporation*, (16 avril 1998) Montréal 500-06-000005-955, 98-1200 (C.S.).

17. *Podmore*, *supra* note 7. Il est question de ce règlement important dans la revue *Le Monde Juridique* : A. Gagnon, «Passé maître du recours collectif» (1998) 11 *Le Monde Juridique* 7 à la p. 8.

18. *Bouchard*, *supra* note 3.

19. La première *Loi sur la protection du consommateur* a été sanctionnée le 14 juillet 1971. *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1971, c. 74. Près de dix ans plus tard, le législateur a adopté une nouvelle *Loi sur la protection du consommateur*. *Loi sur la protection du consommateur*, L.Q. 1978, c. 9, devenue L.R.Q., c. P-40.1. Cette loi représente sans

Plus de 1500 de celles-ci ont été identifiées et 940 d'entre elles ont fait l'objet d'un examen particulier. À la lumière de cette étude, les consommateurs ont obtenu gain de cause dans 73,2% des cas. De plus, si on exclut les quelques recours collectifs examinés, chacune de ces décisions a permis d'indemniser en moyenne un ou deux consommateurs. On peut donc constater qu'un seul recours collectif peut permettre d'indemniser un plus grand nombre de consommateurs que tous les recours individuels portant sur l'interprétation de la *Loi sur la protection du consommateur*, exercés en 25 ans et ce, même si toutes les décisions avaient donné gain de cause aux consommateurs.

Non seulement le recours collectif représente une procédure efficace, qui permet d'indemniser d'un seul coup des centaines de consommateurs lésés par une même entreprise. Il favorise, de plus, l'accès à la justice pour le simple citoyen. En effet, cette procédure élimine un certain nombre d'obstacles rencontrés par les consommateurs dans l'exercice de leurs droits devant les tribunaux.

Premièrement, il va de soi que les contraintes économiques constituent une des principales barrières à l'accès à la justice.²⁰ Les dossiers en recours collectif peuvent soulever des questions de droit fort complexes et engendrer des coûts importants, tant en frais d'honoraires qu'en frais d'expertise. Compte tenu de l'existence du Fonds d'aide aux recours collectifs, cet obstacle de taille est éliminé en partie.²¹ Cet organisme, en opération depuis 1979, a notamment pour mandat de financer les recours collectifs québécois.²² Depuis son existence, le

contredit la loi la plus importante au Québec dans le secteur du droit de la consommation. C. Masse, «Bilan partiel de 25 ans de protection du consommateur au Québec» (1996) 37 C. de D. 31 aux pp. 32-34.

20. Dans le cadre d'un sondage CROP-Option consommateurs réalisé en mai 1998, 49 % des répondants ont indiqué qu'ils avaient peu ou pas confiance dans le système de justice. Trente-quatre pour cent de ceux-ci ont précisé comme raison que la justice n'est pas la même pour tous et 7 %, le coût lié à l'exercice d'un recours. Crop-Option Consommateurs, «La confiance du public envers la justice», sondage, mai 1998.

21. Comme le souligne Me Pierre-Claude Lafond dans son ouvrage, la présence du Fonds d'aide aux recours collectifs n'élimine pas toutes les contraintes économiques. En cas de défaite, le Fonds d'aide «ne peut engager sa responsabilité à l'égard du paiement des dépens au-delà du montant de l'aide financière octroyée». De plus, le bénéficiaire qui ne reçoit pas d'aide du Fonds est exposé au paiement complet des dépens et des honoraires judiciaires et extrajudiciaires de son avocat. P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 484-490.

22. *Loi sur le recours collectif*, L.R.Q., c. R-21, art. 6-7.

Fonds d'aide reçoit environ 47 demandes d'aide par année. Plus de 83 % de ces demandes sont accueillies. Par ailleurs, le Fonds finance en moyenne 66 % des dossiers ouverts à la Cour en matière de recours collectif et a versé, à titre d'exemple, la somme de 1 662 345 \$ lors de l'exercice financier se terminant le 31 mars 1997.²³

Deuxièmement, les contraintes psychologiques peuvent également limiter l'accès à la justice. Le sentiment d'infériorité devant la complexité du système, le manque d'information ou encore l'angoisse de se présenter devant le tribunal vont amener nombre de citoyens à ne pas utiliser les tribunaux pour faire valoir leurs droits.²⁴ Or, en se regroupant dans le cadre de l'exercice d'un recours collectif, les consommateurs se sentent beaucoup moins démunis face à l'appareil judiciaire et peuvent, par exemple, se permettre de poursuivre des multinationales comme Général Électrique et obtenir éventuellement gain de cause.²⁵ Le regroupement des personnes lésées permet ainsi de rééquilibrer les forces entre les parties et favorise l'accès à la justice.

Enfin, dans le domaine de la consommation, où il est fréquent que les sommes en litige soient minimales, les consommateurs hésitent à exercer un recours, ce qui implique de dépenser temps et argent, pour obtenir en bout de ligne le remboursement d'une somme modeste.²⁶ La procédure du recours collectif permet justement d'obtenir le remboursement d'une telle somme au bénéfice de toutes les personnes ayant subi ce même préjudice. En 1979, par exemple, 47 762 abonnés de Télécâble de Québec Inc. ont obtenu un rembourse-

23. Fonds d'aide aux recours collectifs, *supra* note 9 aux pp. 9, 12, 26.

24. P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 81-82.

25. *Option consommateurs c. Pétrolière Impériale.*, Montréal 500-06-000053-971 (C.S.).

26. Une étude réalisée par l'Office de la protection du consommateur (OPC) en 1988 indiquait que sur 824 cas transmis à la Cour des petites créances, près de 50 % des consommateurs n'ont finalement pas entrepris de démarches : 15 % d'entre eux considéraient que le problème en jeu n'en valait pas la peine. Office de la protection du consommateur, «Enquête sur les habitudes de consommation au Québec – La combativité des consommateurs», t. # 4, Québec, Office de la protection du consommateur, 1992, p. 15. Une autre étude réalisée par l'OPC démontre qu'il y a une forte relation entre la nature du montant en litige et l'opportunité d'intenter un recours. Office de la protection du consommateur, «Faire la Cour» (1990) 10 Protégez-Vous 46.

ment modeste pour avoir été privés de service de câblodistribution pendant trois jours.²⁷

Par conséquent, selon nous, le recours collectif comporte beaucoup d'avantages pour les consommateurs en favorisant, entre autres, un plus grand accès à la justice. Toutefois, à notre avis, cette procédure comporte également un certain nombre de lacunes qui mériteraient d'être corrigées.

2. Le recours collectif : quelques correctifs à apporter

Nous n'avons nullement la prétention d'avoir identifié tous les correctifs qui devraient être apportés au recours collectif dans le but d'encourager et de faciliter son utilisation. Nous avons cependant constaté, dans le cadre de notre travail, un certain nombre de failles qui méritent d'être soulignées. Voici les principales :

- Il y aurait lieu de réduire les délais et d'alléger la procédure. En effet, lorsque des dossiers se rendent jusqu'au jugement final, cela peut prendre des années avant que tout soit terminé. Il faut cependant noter que les délais sont considérablement réduits lorsqu'un règlement à l'amiable intervient entre les parties.
- Lorsque le représentant obtient gain de cause à la suite d'un règlement ou d'un jugement, il est possible que plusieurs bénéficiaires n'en soient jamais informés. La loi prescrit pourtant divers types d'avis pour informer les membres du recours et confère au juge le pouvoir d'en établir la forme et le mode.²⁸ Jusqu'à maintenant, on a privilégié la publication d'avis par la voie des journaux. Or, ces avis sont souvent rédigés dans un langage presque incompréhensible pour le simple citoyen et leur forme juridique n'encourage pas les lecteurs à en prendre connaissance.²⁹ Puisque la Loi offre la possibilité de recourir à des moyens plus efficaces pour rejoindre les membres d'un recours collectif, les représentants et les juges ne doivent pas hésiter à faire preuve

27. *Plouffe, supra* note 5.

28. Code de procédure civile, art. 1046.

29. P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 440-444.

d'imagination afin de privilégier une forme et un mode de publication susceptibles de rejoindre le plus grand nombre.

- Comme le soulignait Me Gérard R. Tremblay, associé principal chez McCarthy Tétrault, dans un récent entretien pour *Le Monde juridique*, «(...) le recours collectif est un des seuls secteurs où les avocats n'ont pas de véritable client et peuvent mener le bal à leur façon».³⁰ Il n'a pas tout à fait tort. Compte tenu de la complexité de certains dossiers, il demeure difficile pour un consommateur seul de donner des instructions à son avocat dans l'intérêt de l'ensemble du groupe. C'est notamment pour cette raison que nous jugeons important l'implication des associations de consommateurs, ou d'autres types d'associations, dans l'exercice d'un recours collectif. Lorsqu'une association qui défend les intérêts des membres visés s'implique dans un recours collectif, les avocats ont un véritable client. Il est essentiel que le recours collectif ne soit pas «qu'une affaire d'avocats».

Dans cette optique, nous sommes d'avis que des modifications devraient être apportées à la *Loi sur le recours collectif* en vue de favoriser l'implication des associations représentant les membres. Par exemple, le Fonds d'aide aux recours collectifs devrait avoir clairement la possibilité de financer le travail d'information effectué auprès des membres par une association. Actuellement, le Fonds refuse de rembourser les dépenses encourues par les associations impliquées dans un recours. À titre d'exemple, l'Association des consommateurs du Québec (ACQ) a traité plus de 2000 appels à la suite du dépôt d'un recours contre la compagnie Frigidaire³¹ et le Fonds a refusé de leur accorder une aide financière. Conséquemment, cette association, comme bien d'autres, hésite à s'impliquer dans un recours collectif, faute de ressources suffisantes pour répondre aux nombreuses demandes d'informations qui peuvent s'ensuivre.

30. Y. Boisvert, «Me Gérard R. Tremblay, spécialiste en défense chez McCarthy Tétrault, "Le recours collectif n'est pas le monstre que nous avons craint"», (1998) 11 *Le Monde Juridique* 15.

31. *Association des consommateurs du Québec c. Lafortune*, (21 février 1996) Montréal 500-06-000009-940, J.E. 96-727 (C.S.) inf. par *Association des consommateurs du Québec c. W.C.I. Canada inc.*, (24 octobre 1997) Montréal 500-09-002230-969, J.E. 97-2064 (C.A.).

- Le rôle du représentant est essentiel dans l'exercice d'un recours collectif. En effet, il doit consacrer beaucoup de temps, faire face aux interrogatoires de la partie adverse et se présenter devant le tribunal. Son implication au bénéfice d'un grand nombre de personnes, qu'il ne connaît pas la plupart du temps, devrait être considérée lorsque le tribunal rend son jugement final.
- Dans le contexte où des règlements interviennent de plus en plus souvent entre les parties à un recours collectif, il est plus qu'essentiel que le tribunal évalue sérieusement s'il est dans l'intérêt de l'ensemble des membres de l'approuver. Le même commentaire s'applique concernant l'approbation des honoraires d'avocats pour lesquels le tribunal doit s'assurer de leur caractère raisonnable.
- Finalement, il est essentiel que des modifications soient apportées afin de dissiper toute crainte chez le représentant d'avoir à payer les dépens.³²

Conclusion

Somme toute, nous en arrivons à la conclusion que le recours collectif favorise l'accès à la justice et mériterait donc d'être davantage utilisé par les particuliers et les associations de consommateurs ou autres types d'associations.

Afin d'améliorer la procédure du recours collectif et de faciliter son utilisation, il y aurait donc lieu d'y apporter un certain nombre de correctifs : simplifier la procédure et réduire les délais, améliorer la forme et la nature des avis adressés aux membres, favoriser l'implication des associations sans but lucratif représentant les membres en permettant notamment au Fonds d'aide aux recours collectifs de financer le travail d'information effectué auprès des membres, prévoir une forme d'indemnisation pour la personne qui agit à titre de représentant des membres du recours, s'assurer plus que jamais du caractère raisonnable des règlements qui interviennent entre les parties de même que des

32. À cet effet, Me Pierre-Claude Lafond propose dans son ouvrage sur le recours collectif une série de modifications concernant les règles relatives au paiement des dépens et des honoraires. P.-C. Lafond, *supra* note 1 aux pp. 639-649.

honoraires d'avocats et dissiper toute crainte chez le représentant d'avoir à payer les dépens.

Par ailleurs, dans un contexte où les ressources de l'État affectées à la protection des consommateurs ont été considérablement réduites ces dernières années,³³ l'existence d'un recours aussi efficace pour les consommateurs peut avoir un effet préventif. Les entreprises ont intérêt à adopter des pratiques commerciales qui respectent les droits de leurs clients pour ne pas avoir à faire face à un recours collectif.

En ce sens, comme le soulignait Me Pierre Sylvestre dans un entretien accordé au journal *Le Monde Juridique*, le recours collectif est donc devenu un moyen pour sauvegarder la démocratie.³⁴

33. M. Guénette, «Office de la protection du consommateur, une cure d'amaigrissement fort contestable» (1995) 6 *Consommation* aux pp. 20-22.

34. A. Gagnon, «Le recours collectif est le seul moyen qui reste aux citoyens pour se prémunir contre les abus des pouvoirs par suite du retrait de l'État !» (1998) 11 *Le Monde Juridique* 3 à la p. 6.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE RECOURS COLLECTIF : POINT DE VUE D'UN JUGE

Auteur(s) : Ginette PICHÉ

Revue : *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 67-81

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12709>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12709>

Page vide laissée intentionnellement.

LE RECOURS COLLECTIF : POINT DE VUE D'UN JUGE

par Ginette PICHÉ*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	69
UN PEU D'HISTOIRE... ..	69
LA PROCÉDURE ET LE RECOURS COLLECTIF	72
QUELQUES STATISTIQUES... ..	78
CONCLUSION	80

*, Juge à la Cour supérieure du Québec.

INTRODUCTION

Les 20 ans du recours collectif québécois. Y a-t-il de quoi fêter? C'est la question posée. L'analyse du rôle du juge saisi d'une demande de recours collectif est intéressante et permettra de répondre à la question. On verra d'abord que les juges n'ont pas énormément parlé de leur «rôle». Ils l'ont plutôt joué et de façon de plus en plus active depuis l'introduction du recours.

Dans un premier temps, je ferai un bref rappel historique de cette législation de 1978, contenue dans le Livre Neuvième du *Code de procédure civile*. Disons-le immédiatement, c'était, ce fut, un véritable coup de tonnerre dans l'édifice juridique. Conservatisme initial des juges, ouverture et innovations par la suite. Nous verrons, ensuite dans un deuxième temps, comment notre droit, même s'il y a souplesse, constitue toutefois un des obstacles à une plus grande ouverture de la part des juges. Ainsi, les juges ne peuvent devenir «enquêteurs» et, même s'ils demeurent conscients de la nature bien particulière de cette législation de nature sociale, ils ne peuvent aller au delà de certaines règles de procédure. Ensuite, je parlerai de statistiques.¹ Finalement, je conclurai qu'on peut tirer des conclusions positives sur le rôle des juges qui, malgré les obstacles, ont su jouer un rôle actif et innovateur depuis la naissance du recours collectif. On peut donc fêter les 20 ans du recours collectif.

UN PEU D'HISTOIRE...

Il importe de rappeler d'abord que la *Loi sur le recours collectif*,² entrée en vigueur le 19 janvier 1979, n'est pas née *in abstracto*. Elle a modifié le *Code de procédure civile*³ en venant y ajouter un livre, le Livre Neuvième. Le recours collectif participait d'une philosophie complètement opposée à ce qu'on avait connu, soit **le procès entre deux individus**. En 1978, on parlait même du recours collectif québécois comme du «*bastion avancé de l'action de groupe*

-
1. À ce propos, je désire remercier mon recherchiste, Me Maxime Nasr, qui a réuni pour moi ces statistiques du Fonds d'aide aux recours collectifs. Je remercie également Me Louise Ducharme pour sa collaboration.
 2. L.R.Q., c. R-2.1.
 3. L.R.Q., c. C-25.

dans le monde». ⁴ Le recours collectif allait donc permettre à une personne ou à une association de pouvoir représenter devant le tribunal, sans mandat, des personnes ayant un problème juridique semblable.

Il faut se rappeler que la *Loi sur le recours collectif* origine de deux lois américaines : la règle 23 des règles fédérales de procédure civile⁵ et les articles 901 à 909 des règles de pratique en matières civiles de l'état de New York.⁶ Mêmes si elles n'ont pas été complètement intégrées dans notre droit, nos législateurs s'en sont inspirés. Ainsi donc, avant l'entrée en vigueur de la *Loi sur le recours collectif*, le justiciable québécois, voulant agir en Cour pour d'autres personnes, n'avait qu'une unique façon de procéder, c'est-à-dire d'avoir obtenu d'elles un mandat spécifique.⁷

En 1978, tous les auteurs étaient, à un degré plus ou moins grand, inquiets vis-à-vis l'entrée en vigueur du recours collectif. On se questionnait beaucoup et sans être un sentiment généralisé, disons que le pessimisme régnait parfois. Il faut réaliser qu'on allait diamétralement à l'opposé de ce qu'on connaissait, de ce avec quoi on était familier. Et... vous connaissez les juges, ils sont plutôt de nature conservatrice! En fait, soyons honnêtes, c'était normal que de ressentir de l'inquiétude. Le recours collectif cadrait difficilement avec les règles ordinaires de procédure à cause de sa dimension et, surtout, des objectifs qu'il poursuivait. Notre *Code de procédure civile* repose en effet sur le postulat qu'un procès civil se déroule entre deux ou plusieurs personnes bien identifiées, qui soumettent elles-mêmes leurs prétentions à un juge dont le rôle essentiel est de trancher la contestation à la lumière de la preuve offerte par chacune des parties.

M. le professeur Reid écrivait, en 1984, lors de la Première Conférence Yves Pratte sur les recours collectifs, que la *Loi sur les recours collectifs* se fondait sur une philosophie tellement étrangère à notre droit que les

4. F. Caballero, «Plaidons par procureur! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe» (1985) *Revue trimestrielle de droit civil*, 247.
5. *Federal Rules of Civil Procedure*, r. 23, 39 F.R.D. 98 (1966).
6. *N.Y. Civ. Pract. Law*, art. 901-909 (N.Y. Sess. Law 1975).
7. Art. 59 ou 67 Code de procédure civile.

codificateurs lors de la rédaction de notre Code de procédure avaient même, en 1964, rejeté d'emblée l'hypothèse d'y inclure le recours collectif.⁸

Enfin, je trouve intéressant de rappeler que c'est un tout nouveau gouvernement, se disant social-démocrate, qui est à l'origine de cette loi. On voulait, comme le rappelle M. le professeur Reid en citant les commentaires du ministre :

«[...] donner aux citoyens un instrument, un recours, un moyen de procédure qui leur permette d'obtenir justice et aussi d'obtenir individuellement et collectivement le remboursement des sommes illégalement arrachées.»⁹

On voulait introduire «comme une espèce de notion de sagesse» dans notre droit. On parlait donc de «réforme sociale» au delà de réforme du droit tout court.

Ce bref rappel historique est à mon avis important pour comprendre et voir comment le rôle du juge a été perçu et a évolué au cours des 20 dernières années. En fait, le recours collectif se voulait plus qu'un simple véhicule procédural pour les consommateurs leur permettant de faire valoir en justice certains droits. Dans son volume sur *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*,¹⁰ M. le professeur Lafond explique que le recours collectif atteint l'essence des droits des consommateurs «en participant à la réalisation des objectifs du droit matériel». Car, dira-t-il, «sans cette procédure, leur mise en œuvre risque de demeurer à l'état théorique». Pour le professeur Lafond, «elle vient bouleverser plusieurs principes liés au droit substantiel, en plus de remettre en question le rôle traditionnel du juge.»¹¹ Il rappelle que l'auteur Abram Chayes disait que «la fonction judiciaire puise sa légitimité dans la réponse qu'elle apporte au profond besoin de justice dans

8. H. Reid, «Les conditions d'autorisation du recours collectif québécois» dans *Les recours collectifs en Ontario et au Québec*, Actes de la première conférence Yves Pratte (1991), Montréal, Wilson & Lafleur Ltée, 1992.

9. J.E. Commission permanente de la justice, vol. 20, n° 34, le 16 mai 1978, p. 1474.

10. P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, Montréal, Les Éditions Thémis, 1996.

11. *Ibid.* à la p. 13.

notre société¹²». M. le professeur Lafond ajoute que l'échec ou le succès de la formule québécoise du recours collectif réussit, jusqu'à un certain point, à mettre cette légitimité à l'épreuve.»¹³

LA PROCÉDURE ET LE RECOURS COLLECTIF

Sur ce point, s'il est exact d'affirmer que le rôle traditionnel du juge a été bouleversé, il demeure que celui-ci doit suivre la procédure mise en place par le législateur. Il ne peut l'outrepasser sous prétexte que l'on parle de justice sociale et de collectivisation du recours.

On doit rappeler en effet que, même dans la procédure du recours collectif, le rôle du juge n'est pas de mettre de côté les règles d'administration de la preuve pour devenir un «juge enquêteur» et ce, sous prétexte qu'il s'agit de droits collectifs et que le législateur a donné des pouvoirs étendus au juge. Le juge a un rôle bien particulier à jouer dans l'application de la *Loi sur les recours collectifs*. M. le professeur Denis Ferland, dans un article de la *Revue du Barreau* publiée en 1981, analysant plusieurs décisions, dira ceci en parlant de la requête pour autorisation :

«Les juges en particulier devront se reconnaître un rôle actif dans l'application de la loi, en général, et à cette étape des procédures en particulier, dans l'application de l'article 1005 C.p., mais sans devoir pour autant apporter à la requête pour autorisation des modifications que le requérant se refuse à apporter. [...] hormis cette réserve, le juge présidant le tribunal pourra exercer tous les pouvoirs très étendus que la loi lui confère de cette première étape des procédures.»¹⁴

Dans le jugement de *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand*,¹⁵ M. le juge Lesage expliquera que :

-
12. A. Chayes, «The Role of the Judge in Public Law Litigation» (1976) 89 *Harv. L. Rev.* 1281 à la p. 1316.
 13. P.-C. Lafond, *supra* note 10 à la p. 13.
 14. D. Ferland, «Procédure civile — Droit judiciaire», (1981) 41 *R. du B.* 485 à la p. 494.
 15. *Curateur public c. Syndicat national des employés de l'hôpital Saint-Ferdinand*, [1990] R.J.Q. 359 (C.S.).

«Comme la Cour d'appel l'a énoncé dans *Syndicat National des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe*, la législation québécoise sur le recours collectif est de portée sociale et cherche à favoriser l'accès à la justice, particulièrement lorsqu'il s'agit de citoyens affectés dans leur état physique et mental. Cette législation est l'une des plus avancées en la matière. Le Québec est le seul État connu qui ait mis sur pied un système d'encouragement financier pour favoriser son utilisation. L'on ne peut prétendre, comme on l'a fait, que le droit fondamental à une pleine et entière défense est brimé par ce moyen exceptionnel. [...]

[...] Le Tribunal est invité à procéder par regroupements et s'y refuser constituerait un déni de justice. Qu'on soit d'accord ou non, le législateur a voulu faire jouer au tribunal un rôle nouveau dans l'exercice d'une justice collective. Ce rôle se traduit par le contrôle du recours, le contrôle de la procédure, la discrétion dans les solutions et les formes d'exécution, le procès par étapes et, surtout, la globalisation du litige par le traitement collectif, en tout ou en partie, des rapports individuels.»¹⁶ [Je souligne]

Dans un article fort intéressant publié dans la *Revue du Barreau* en 1986, Me Louise Ducharme, du Fonds d'aide aux recours collectifs, traite du rôle du tribunal en matière de recours collectifs. Elle cite un précédent important concernant la procédure et le rôle créateur incombant au juge. Le tribunal, dira-t-elle :

«... peut être appelé à jouer un rôle créateur pour faciliter le déroulement et la preuve d'un recours compte tenu des circonstances particulières de chaque dossier.»¹⁷

Selon elle, le jugement *Comartin*¹⁸ prononcé par M. le juge Greenberg, marque une étape très importante dans l'évolution du recours collectif québécois :

16. *Ibid.* à la p. 370.

17. L. Ducharme, «Le rôle du tribunal en matière de recours collectif : un précédent important», (1986) 46 *R. du B.* 824 à la p. 826.

18. *Comartin c. Bordet (Euro-American Voyages)*, [1984] C.S. 584.

«Le jugement a en effet le mérite d'énoncer très clairement les considérations qui doivent guider le tribunal lorsqu'il est appelé à exercer sa discrétion judiciaire [...].

[...] le jugement *Comartin* démontre qu'il est possible d'adapter les règles habituelles de preuve et de procédure pour tenir compte de la nature du recours collectif et des faits particuliers d'un dossier et ce, dans le respect des droits des parties et sans les complications administratives que l'on est très souvent tenté d'accoler au recours collectif.»¹⁹

La Cour d'appel, dans l'arrêt *Tremaine*,²⁰ énoncera que le législateur «n'a pas voulu limiter le recours collectif à des stéréotypes» et que «la frontière est souvent fragile entre le droit substantiel et le droit judiciaire, le second étant au service du premier».²¹

Dès 1980 d'ailleurs, la Cour d'appel, dans l'arrêt de *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe*,²² avait édicté que :

«La loi sur le recours collectif, [...] est évidemment une loi à portée sociale : elle favorise l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui, en raison des circonstances particulières de leur état individuel, n'oseraient pas ou ne pourraient pas de façon appropriée mettre en marche le processus judiciaire.»²³ [Je souligne]

L'examen des décisions de nos tribunaux montre qu'à partir de 1990, les juges parleront de plus en plus du rôle du tribunal en matière de recours collectif. Ainsi, en 1992, M. le juge Trotier dans la cause de *Delaunais c. Québec (P.G.)*,²⁴ expliquera en parlant de l'art. 1025 C.p.c. :

19. L. Ducharme, *supra* note 17 à la p. 832.

20. *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.*, (le 3 octobre 1990) Québec 200-09-000208-873, J.E. 90-1642 (C.A.) [ci-après *Tremaine*].

21. J.-C. Lafond, *supra* note 13 à la p. 343.

22. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Charles Borromée c. Lapointe*, [1980] C.A. 568.

23. *Ibid.*

24. [1992] R.J.Q. 1578.

«[...] nous avons rappelé le rôle agressif du Tribunal en la matière : il doit s'assurer que toute transaction sous l'empire de 1025 C.P. sert réellement l'intérêt des membres absents ; ici, ils se seraient battus à toutes fins pratiques pour un *symbole*.»²⁵

Dans la cause de *Clavel c. Productions musicales Donald K. Donald Inc.*,²⁶ M. le juge Hébert examine le contenu d'un règlement intervenu à quelques jours d'un procès qui devait durer 17. M. le juge Hébert donnera son accord au règlement après un examen et une analyse fouillés de la distribution proposée du reliquat de 300 000 \$.

Mme la juge Rousseau-Houle, dans l'arrêt *Nadon c. Ville d'Anjou*,²⁷ rappellera encore que :

«[...] le recours collectif a une portée sociale et vise à fournir l'accès à la justice à des citoyens qui ont des problèmes communs dont la valeur pécuniaire peut souvent être d'une modicité relative et qui n'oseraient ou ne pourraient pas de façon appropriée mettre en marche le processus judiciaire.»²⁸

En 1995, la Cour d'appel statuera qu'il ne faut pas par ailleurs :

«[...] sacrifier la représentation adéquate à l'élitisme afin de favoriser l'exercice du recours collectif. D'ailleurs, les affaires *Guilbert c. Vacances sans Frontière ltée*,²⁹ *Château c. Placements Germarich inc.*³⁰ et *Lasalle c. Kaplan*³¹ illustrent cette tendance de notre cour à privilégier une approche libérale dans le choix du représentant.»³²

25. *Ibid.* à la p. 1581.

26. (le 19 janvier 1996) Montréal 500-06-000010-922, J.E. 96-582 (C.S.).

27. [1994] R.J.Q. 1823.

28. *Ibid.* aux pp. 1827-1828.

29. [1991] R.D.J. 513 (C.A.).

30. [1990] R.D.J. 625 (C.A.).

31. [1988] R.D.J. 112 (C.A.).

32. *Greene c. Vacances Air Transat inc.*, [1995] R.J.Q. 2335 à la p. 2338.

Toutefois, malgré ces arrêts parlant de «loi à portée sociale», en 1997, la Cour supérieure dira encore, dans la cause de *Hamer c. La Reine*,³³ que le recours collectif est d'abord et avant tout un «moyen de procédure» permettant à un membre d'agir en demande sans mandat pour le compte de tous les membres. Dans ce jugement, M. le juge Lebel reprend alors un article publié dans les *Cahiers de droit* en 1980 :

«Le recours collectif n'est pas un droit (*jus*) ; c'est un moyen. [...] Ce n'est qu'un mécanisme particulier qui vient s'appliquer, pour la "collectiviser", à une façon déjà existante d'exercer un droit déjà existant. C'est un moyen de procédure de deuxième niveau, comme le sont la jonction des demandes, de parties ou d'action.»³⁴

Ainsi, malgré que les juges parlent souvent du rôle actif qui est le leur, de leur rôle «agressif», de «loi à portée sociale», il ne faut toutefois pas perdre de vue qu'il incombe aux parties de rechercher et de présenter leurs moyens de preuve. Dans le *Précis de la preuve*, Léo Ducharme rappelle que :

«Lors de l'enquête, ce sont les parties qui déterminent l'ordre de présentation de leur preuve, qui choisissent les témoins qu'elles veulent faire entendre [...]. Quant au tribunal, il se voit conférer essentiellement un pouvoir de contrôle sur le déroulement de la preuve avec, toutefois, la possibilité de prendre certaines initiatives dans l'intérêt de la justice.»³⁵

Il appartient donc aux parties de faire valoir leurs droits (art. 2803 C.c.Q.) et ce, malgré une «insuffisance de solutions procédurales classiques».³⁶ La Cour d'appel rappellera d'ailleurs à ce sujet, dans l'arrêt récent (24 août 1998) de *Technologie Labtronix Inc. c. Technologie Micro Contrôle Inc.*,³⁷ que même si le rôle traditionnel du juge a grandement évolué et qu'il a une plus grande latitude dans l'administration de la preuve, (il peut même jouer le rôle

33. (le 12 mai 1997) Québec 200-06-000001-969, J.E. 97-1236 (C.S.).

34. M. Bouchard, «L'autorisation d'exercer le recours collectif», (1980) 21 *Cahier de droit* 855 aux pp. 864 et s.

35. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 à la p. 46.

36. J.-C. Lafond, *supra* note 13 à la p. 55.

37. (le 24 août 1998) Montréal 500-09-004365-979 (C.A.) [ci-après *Labtronix*].

de «remédiateur»³⁸ et signaler une lacune dans la preuve et la procédure), il demeure que le juge ne peut s'immiscer dans le débat et «conduire» lui-même la preuve. La Cour d'appel précisera même que :

«N'est pas [...] confié au juge le mandat d'un commissaire-enquêteur investi de pouvoirs qui ne participent pas du régime accusatoire et contradictoire, comme le droit d'assigner des témoins et de procéder à des saisies.»³⁹

Analysant l'article 2810 C.c.Q., la Cour d'appel énoncera que l'on peut considérer que :

«[...] l'article 2810 C.c.Q. vient parfaitement s'intégrer dans un système qui, ultimement, confie au juge une mission dynamique et progressiste sans toutefois brimer "le lien juridique d'instance".»⁴⁰ [Je souligne]

Donc, même si les dispositions relatives au Livre Neuvième ont été interprétées de façon généreuse, il reste que le juge œuvrant dans un système contradictoire ne peut chambarder toutes les règles. La procédure du recours collectif est venue bouleverser le droit, la procédure et la justice ; les juges l'ont compris. Ils ne peuvent cependant travailler que dans le cadre procédural en vigueur, tout en prenant en considération la portée de la loi. C'est d'ailleurs ce qu'ils ont fait dans la plupart des cas. M. le professeur Hubert Reid rappelle ceci au sujet des règles de procédure :

«À cause de leur formalisme actuel, nos règles de procédure accroissent inévitablement le coût des procès, compliquent l'administration de la justice par la multiplication du nombre d'instances et donnent ouverture à la possibilité de jugements contradictoires sur des questions similaires. De plus, lorsque le litige impose aux parties l'obligation de soumettre des preuves techniques complexes et coûteuses, le juge est souvent témoin d'un combat entre

38. P. Tessier, «La vérité et la justice», (1988) 19 R.G.D. aux pp. 29-80.

39. Labtronix, *supra* note 37 à la p. 37.

40. *Ibid.* à la p. 46.

David et Goliath, à la différence que le Goliath de 1977 est souvent en possession de la fronde.»⁴¹

Cette affirmation est exacte et plus souvent encore dans le cas des recours collectifs. Examinons quelques statistiques.

QUELQUES STATISTIQUES...

À partir de l'année 1979, jusqu'à la fin 1997, 422 dossiers de recours collectifs ont été ouverts. De ce nombre, 222 l'ont été dans les dix premières années (1979 à 1988) d'existence du recours, alors que l'on compte 200 ouvertures de dossiers au cours des dix plus récentes années (1988 à 1997). De ceci, on peut d'abord conclure que l'engouement des premières années pour cette nouvelle voie procédurale ne s'est pas démenti avec le temps et qu'aujourd'hui encore cette avenue reçoit toutes les considérations auxquelles elle a droit.

De ces 422 dossiers ouverts, 106 ont donné lieu à un jugement autorisant l'exercice du recours collectif, tandis que dans 109 cas, cette autorisation était refusée. Il est intéressant d'observer que d'une décennie à l'autre, on constate un sérieux changement de cap. En effet, alors qu'au cours des années 1979 à 1988 le nombre de requêtes pour autorisation d'exercer un recours collectif auxquelles les tribunaux faisaient droit (45) était inférieur au nombre de requêtes rejetées (62), la deuxième décennie est marquée par la tendance inverse. Durant cette période, 72 autorisations ont été données, alors que les requérants ne devaient essuyer que 56 refus.

Cette nouvelle tendance peut s'expliquer par plusieurs théories. Je me permets toutefois de poser l'hypothèse que c'est toute la philosophie actuelle des tribunaux face aux recours collectifs qui est responsable de ce revirement. À cet effet, il est éloquent de mettre en relation deux *obiter* de notre Cour d'appel. Un

41. H. Reid, «Le recours collectif – La mise en œuvre judiciaire du recours collectif : questions et hypothèses», *Barreau du Québec, Formation permanente* (1978-1979), Cours #38 à la p. 128.

premier donné en 1984 et un deuxième, 10 ans plus tard. Regardons-les. Sous la plume du juge Mayrand, en 1984, la Cour d'appel disait :

«[...] Se contenter d'une vague possibilité que ces faits essentiels existent, plutôt que d'une apparence sérieuse de leur existence, inviterait les justiciables à abuser de la procédure exceptionnelle du recours collectif.»⁴² [Je souligne]

En 1994, le juge Nichols, s'inspirant des propos du juge en chef Bisson dans l'affaire *Tremaine*,⁴³ marquait définitivement une nouvelle direction :

«Le recours collectif est un véhicule procédural comme il y en a plusieurs autres dans le Code et il est disponible lorsque les conditions d'exercice se rencontrent. C'est donc à tort que les appelants traitent le présent recours de "recours exceptionnel"»⁴⁴ [Je souligne]

Le recours collectif n'est définitivement plus un «recours exceptionnel». Il fait maintenant partie de nos mœurs.

Voyons maintenant le sort réservé aux actions procédant au fond : 35 jugements rendus quant au fond en matière de recours collectif durant ces dernières dix-neuf années, seulement 9 ont été rejetées. Si on ajoute à cela les règlements hors cour, tant au stade de la requête en autorisation que de la cause au mérite, ainsi que les désistements, qui pour une bonne part d'entre eux constituent des succès pour les membres,⁴⁵ on est en droit de conclure que, du point de vue du justiciable, l'avènement du recours collectif était une nécessité et a donné des résultats encourageants.

42. *Vignola c. Chrysler Canada Ltée*, [1984] R.D.J. 327 à la p. 330 (C.A.).

43. *Tremaine*, *supra* note 20.

44. *Syndicat national des employés de l'Hôpital St-Ferdinand c. Québec (Curateur public)*, [1994] R.J.Q. 2761 à la p. 2781 (C.A.).

45. Le Fonds d'aide aux recours collectifs, Rapport annuel 1996-1997, Montréal, Fonds d'aide au recours collectif, 1997 à la p. 16 affirme : «Il faut encore tenir compte, pour cerner le taux de succès ou d'échec du recours, au niveau de l'action comme telle, [que] les dossiers réglés [hors cour] et une bonne part de ceux pour lesquels il y a eu désistement constituent des succès pour les membres.»

Finalement, il est frappant de constater que le premier règlement hors cour n'est survenu qu'en 1989, soit plus de dix ans après l'entrée en vigueur de la Loi. Depuis ce temps, les règlements s'accumulent et constituent aujourd'hui le principal mode de finalisation de ce type de litige. Depuis huit ans le nombre de règlement hors cour est supérieur au nombre de jugements finals en cette matière. Doit-on s'en inquiéter? Je crois que non et qu'au contraire, il faut s'en réjouir. C'est d'ailleurs en accord avec la tendance actuelle qui voit les individus essayer de régler hors cour leur litige plutôt que de le faire traîner devant les tribunaux.

CONCLUSION

Avec la *Loi sur le recours collectif*, le législateur a fait cadeau d'un rôle très exigeant au juge. Un rôle qui a d'ailleurs évolué et où le juge de première instance a peut-être été un peu trop prudent au début. Ce seront la Cour d'appel et la Cour suprême qui amèneront véritablement une interprétation large de la nouvelle législation. Le juge de première instance est ainsi devenu plus créatif avec les années et son ouverture a encouragé beaucoup de règlements. Je vous sou mets cette hypothèse : les juges québécois ont, malgré les embûches, réussi à être non seulement ouverts, mais même dans de nombreux cas, innovateurs et éveillés à l'esprit de cette procédure qu'est le recours collectif. Des progrès peuvent et doivent être faits encore, mais la voie est tracée. Les citoyens ne doivent pas avoir peur de s'y intéresser, d'en être partie afin que le recours collectif obtienne véritablement tout le succès qu'il mérite. Il faut se rappeler par ailleurs que le juge n'est pas le législateur et qu'il a dû — et doit encore — composer avec de nombreux obstacles. Le juge deviendra-t-il de plus en plus un conciliateur? Devrait-il l'être et jouer ce rôle?

On sait par ailleurs que les règles de procédure sont destinées à faire apparaître le droit (art. 2 C.p.c.) et à en assurer la sanction. La Cour d'appel l'a rappelé récemment, tout en notant que le juge n'a pas pour rôle d'être enquêteur. À mon avis, ceci ne peut et ne veut pas dire que le juge n'a pas un rôle où interviennent éthique et justice sociale. Le juge doit être conscient de cela et demeurer ouvert et innovateur. Il y a ici un instrument visant à servir la justice sociale et c'est ce que le juge, dans sa fonction la plus noble et la plus belle doit réaliser : rendre la justice avec courage et trancher en faveur de la «cause juste»

quels que soient les enjeux. Les vingt ans du recours collectif québécois ont permis à notre société de régler certains conflits ayant des enjeux réels, mais il y a encore beaucoup à faire. Les avocats et les juges ont été des acteurs importants du recours collectif et même si plusieurs améliorations doivent venir, il y a lieu d'être fiers de ce qui a été accompli jusqu'ici. Il y a lieu de fêter les vingt ans du recours!

En terminant, j'aimerais vous laisser avec quelques mots du philosophe et chef d'État de la République Tchèque, Václav Havel qui, dans une conférence prononcée à Hiroshima en décembre 1995, disait :

«... si l'humanité peut espérer un avenir favorable, cet espoir repose surtout dans l'éveil d'une responsabilité générale dont les racines s'ancrent infiniment plus profond que dans le monde des intérêts terrestres transitoires et temporaires.»⁴⁶

C'est ce que je nous souhaite à tous.

46. V. Havel, *Il est permis d'espérer*, trad. par B. Faure, Paris, Calmann-Lévy, 1997 à la p. 19.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LA SUSCEPTIBILITÉ D'EXERCICE COLLECTIF D'UN RECOURS EN DROIT QUÉBÉCOIS

Auteur(s) : André RIENDEAU

Revue : *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 83-115

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12710>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12710>

Page vide laissée intentionnellement.

LA SUSCEPTIBILITÉ D'EXERCICE COLLECTIF D'UN RECOURS EN DROIT QUÉBÉCOIS

par André RIENDEAU*

SOMMAIRE

I-	Les recours relatifs aux contrats et aux obligations contractuelles	
	88
1.	Problématique	88
2.	Les recours relatifs au contrat lui-même	90
2.1	Les questions relatives au consentement	90
2.2	La légalité des stipulations contractuelles et l'interprétation des contrats	92
3.	L'inexécution contractuelle	96
3.1	Le choix de recours	96
3.2	Contextes des autorisations recherchées en matière d'inexécution contractuelle	98
4.	La collectivisation des questions de fait et de droit relatives aux demandes de dommages-intérêts en matière contractuelle et au lien de causalité	99
II-	Les recours fondés sur la responsabilité extracontractuelle	100
1.	Problématique	100
2.	La faute	103
3.	Le préjudice et le lien de causalité.	109
III-	Les recours comportant une dimension de droit public	110
1.	Problématique	110
2.	La nature du recours exercé et des conclusions recherchées	112
3.	La nature des condamnations pécuniaires recherchées	114

*, Professeur au Département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal.

La présente étude s'inscrit dans le cadre d'un projet de recherche¹ visant à dresser un bilan de l'exercice du recours collectif au Québec depuis son introduction en droit québécois en 1978. Elle aborde en termes généraux la susceptibilité d'exercice collectif d'un recours principalement en considérant la nature du recours envisagé, certaines des modalités de regroupement des personnes titulaires de droits visés par cet exercice et enfin, plus particulièrement, une des quatre conditions requises pour autoriser l'exercice d'un recours collectif² en droit québécois.³

On compte au nombre de ces conditions, l'exigence que «les recours des membres soulèvent des questions de droit ou de fait identiques, similaires ou connexes».⁴ Cette exigence n'est pas étrangère à l'un des critères qui autorise, en droit québécois de la procédure, plusieurs personnes à joindre leurs recours dans une même demande en justice.⁵

Les recours des membres sont exercés par le truchement d'un recours unique, que certains ont qualifié d'action représentative : les conclusions

-
1. L'auteur remercie la Fondation du Barreau du Québec pour la subvention accordée pour mener à bien ce bilan. L'auteur remercie également le Fonds d'aide au recours collectif pour les informations mises à sa disposition et son collègue Pierre Claude Lafond, professeur au département des sciences juridiques de l'Université du Québec à Montréal pour lui avoir donné accès aux documents qu'il a colligés lors de la préparation de sa thèse de doctorat. L'auteur remercie enfin les étudiants Josianne Beaudry, Steeve Paris et Karl Hamel qui l'ont assisté dans la collecte et le traitement de l'information utilisée pour la préparation de ce texte.
 2. Soit, suivant la définition donnée à l'art 999 (c) du *Code de procédure du Québec*, L.R.Q. c. C-25 [ci-après C.P.] : «le moyen de procédure qui permet à un membre d'agir en demande, sans mandat, pour le compte de tous les membres.»; le membre s'entendant d'une «personne physique faisant partie du groupe pour le compte duquel une personne physique exerce ou entend exercer un recours collectif».
 3. L'exercice du recours collectif est encadré par les dispositions regroupées au Livre IX du *Code de procédure civile du Québec*.
 4. Article 1003 a) C.P. Les trois autres conditions sont les suivantes : «b) les faits allégués paraissent justifier les conclusions recherchées; c) la composition du groupe rend difficile ou peu pratique l'application des articles 59 ou 67; d) le membre auquel il (le tribunal) entend attribuer le statut de représentant est en mesure d'assurer une représentation adéquate des membres».
 5. Article 67 C.P. : «Plusieurs personnes, dont les recours ont le même fondement juridique ou soulèvent les mêmes points de droit ou de fait, peuvent se joindre dans une même demande en justice. [...]» [nos italiques]

recherchées par le représentant l'étant pour tous les membres du groupe. La nature du recours exercé doit donc être représentative de la nature des recours qui seraient autrement susceptibles d'un exercice individuel par les membres. Enfin l'exercice, au sens de la conduite du recours, est l'apanage d'un représentant en principe unique.

Tant pour les praticiens, appelés à formuler la demande en justice, que pour leurs vis-à-vis et le tribunal, appelés à contrôler la satisfaction aux conditions d'exercice, le processus de «collectivisation» implique une analyse fondamentale du recours exercé. Cette analyse s'articule autour des deux axes suivants : la définition des termes du regroupement, et l'examen des questions de droit ou de fait soulevées par le recours. Cet examen implique généralement, la considération de la nature juridique du recours et des éléments constitutifs du fardeau de preuve spécifiques à chaque espèce.

L'exercice du recours collectif s'accompagne heureusement d'un certain formalisme.⁶ La requête par laquelle l'autorisation judiciaire d'exercice est sollicitée doit comporter une description du groupe, l'énoncé des faits qui donneraient ouverture au recours individuel du requérant et de ceux qui donneraient ouverture aux recours individuels des membres, l'identification des questions de fait et de droit identiques, similaires ou connexes, et ce qu'elles soient communes ou particulières à chacun.

Ce formalisme encourage par ailleurs une anticipation des implications concrètes qu'un tel mode d'exercice suscite sur le plan procédural, sur le plan de la preuve, d'une transaction éventuelle ou de la mesure des effets de la chose jugée.

Le recours collectif introduit, réifie et interroge la dimension systémique des rapports juridiques, dimension qui est généralement absente lorsque l'on est en présence d'un exercice individualisé des droits.

6. Section XII des *Règles de pratique de la Cour supérieure du Québec en matière civile*, R.R.Q. 1981, c. C-25, r. 8 [ci-après *Règles de pratique*].

Les lignes qui suivent, contiennent des illustrations tirées de divers contextes de modalités de regroupement des membres, et un examen de l'appréciation judiciaire qui a été réservée à l'exigence du Législateur à l'effet que les recours des membres soulèvent des questions de fait ou de droit identiques, similaires ou connexes.

Ces illustrations et cet examen seront abordés en fonction de la nature des différents recours dont peuvent se prévaloir les justiciables et des éléments constitutifs du fardeau de preuve spécifique à ces recours. Ce sont en effet autour de ces éléments, que sont déterminées dans des proportions variables, les questions de fait ou de droit nécessaires à la mise en oeuvre d'un recours. On anticipe facilement que l'importance relative des questions de fait et de droit variera en fonction de la nature juridique du recours exercé.

Le fait de procéder ainsi ne doit pas pour autant laisser l'impression au lecteur que le droit québécois requiert que les questions de fait ou de droit soient identiques, similaires ou connexes eu égard à chacun et à l'ensemble des éléments du fardeau de preuve spécifique à un recours. Nous avons cru néanmoins que les enjeux de la «collectivisation» propres à un recours donné, apparaîtraient ainsi plus clairement.

La période considérée⁷ est suffisamment importante pour que la panoplie presque complète des recours existant en droit québécois ait été considérée sous l'angle d'un exercice collectif.

Certains recours ne peuvent, en quelque sorte par nature, être l'objet d'un exercice collectif. Il en est ainsi des recours à caractère extrapatrimonial dont les fondements sont établis relativement à des droits intimement rattachés à la personne ou à la personnalité de leurs titulaires. En matière de recours patrimoniaux fondés sur des droits réels, le caractère très individualisé du rapport de droit qui s'établit entre une personne et un bien ne permettra que très exceptionnellement de fonder l'exercice d'un recours collectif. La détention d'un droit de propriété a, par ailleurs, été utilisée comme critère d'appartenance à un

7. Environ cent cinquante dossiers d'autorisation ouverts à compter de 1979 ont été considérés aux fins de la présente étude.

groupe pour lequel on exerçait un recours fondé sur un droit personnel. Dans le domaine du droit privé, les droits relatifs aux obligations ou consécutifs à des manquements à un devoir ont, dès lors, délimité la presque totalité du domaine d'application du recours collectif.

Dans une première partie sont considérés les recours impliquant des contrats. La deuxième partie intéresse la responsabilité extracontractuelle, y compris celle de l'État et de ses entités pour leurs actes de gestion. Enfin, est abordé le recours comportant une dimension de droit public.

I- Les recours relatifs aux contrats et aux obligations contractuelles

1. Problématique

En matière contractuelle, l'opportunité de l'exercice collectif survient dans deux situations.

En présence d'un seul contrat, bien qu'on puisse le concevoir théoriquement, il est pratiquement impossible de trouver des situations où le nombre d'entités qui y sont parties, soit tel que leurs droits puissent être collectivement exercés dans un recours dirigé contre l'autre partie contractante.

Par ailleurs, un seul instrument contractuel est parfois susceptible d'entraîner des effets juridiques à l'endroit d'un nombre important de personnes, par le mécanisme de la stipulation pour autrui, par l'effet de la loi ou autrement. On donnera pour exemple les contrats d'assurance collective, les contrats établissant des régimes de retraite, les conventions collectives. Dans cette hypothèse les droits des bénéficiaires qui pourraient être l'objet d'un exercice individualisé peuvent être également susceptibles d'exercice collectif.⁸ De plus, le caractère systémique d'un tel instrument fait en sorte que la solution de questions relatives à sa portée, à son interprétation et à sa validité peut inviter

8. Une réserve importante, voire dirimante, doit être formulée relativement à la convention collective qui ressort de l'arbitrage. L'exercice de la compétence de la Cour supérieure en matière de recours collectif n'élargit pas ses compétences et ne l'autorise pas à substituer cette compétence à celles qui ont été données par le Législateur à d'autres entités juridictionnelles.

autant à l'exercice d'un recours individuel qu'à un exercice collectif des droits individuels.

En présence d'une multiplicité de contrats générateurs de droits individuels et présentant des caractères d'homogénéité, la possibilité de l'exercice de recours individuels coexiste avec la possibilité de l'exercice d'un recours collectif.

Dans cette situation, concrètement, la détermination d'un ensemble de contrats (ensemble caractérisé par la nature juridique, la nature des prestations, la forme, le moment, le lieu et le contexte de formation, par la présence d'une ou de plusieurs clauses particulières ou autrement) permet de définir la base autour de laquelle le regroupement s'effectue.

Dans l'abstrait, l'homogénéité des instruments contractuels et des régimes juridiques peut également contribuer à valider la collectivisation. L'homogénéité n'a pas à être parfaite. Dans certaines situations, il pourrait même y avoir lieu de composer avec une diversité de régimes juridiques (pour tenir compte par exemple d'une situation de droit transitoire). Il pourrait également s'agir de régimes spécifiques à des catégories de personnes.

Dans cette hypothèse, le caractère récurrent d'une ou de plusieurs difficultés juridiques de même nature autorise la collectivisation du recours. De plus, la survenance de faits ou d'événements susceptibles d'entraîner des effets sur une multiplicité de contrats pourrait également être l'origine d'une requête en autorisation.

2. Les recours relatifs au contrat lui-même

En présence d'un recours dont l'objet a trait au contrat lui-même, les questions de fait et de droit seront relatives à sa validité ou à sa portée. Si la validité est l'objet du litige les questions sont susceptibles de graviter autour de l'existence ou de la qualité du consentement ou encore de la légalité des stipulations. S'il s'agit de la portée, les questions sont principalement des questions de droit puisqu'il s'agit d'interprétation.

2.1 Les questions relatives au consentement

Il y a quelques cas où l'autorisation a été recherchée relativement à des recours consécutifs à des manoeuvres frauduleuses, au dol.

A priori, l'existence et la qualité du consentement d'une personne partie à un contrat ne semble susceptible que d'une appréciation individuelle. Cependant, il est indéniable qu'une manoeuvre dolosive unique puisse avoir des effets relativement à un nombre important de personnes, ou encore, que la pratique répétée d'une manoeuvre dolosive puisse entraîner des effets à l'endroit d'une multitude.

C'est lorsque l'appréciation des effets de manoeuvres dolosives nécessite l'examen de questions individuelles que l'exercice collectif apparaît plus difficile. Dans un tel contexte il est très possible, si les questions posées par l'exercice du recours, tout en n'étant pas identiques, ni connexes, n'en demeurent pas moins similaires. Chaque cas de ce type, semble donc un cas d'espèce et il importe de ne pas exclure trop rapidement la possibilité de l'exercice collectif dans un tel contexte.

L'enjeu est particulièrement important lorsqu'il survient dans le contexte de la conclusion de contrats de consommation et de pratiques commerciales frauduleuses, qui ont un caractère répétitif. N'y aurait-il pas lieu dès lors que certains éléments de la preuve soumise au tribunal permettent d'établir le caractère récurrent d'une pratique frauduleuse ou encore sa fréquence de présumer, qu'il est satisfait, aux seules fins de l'autorisation, au critère de la similarité et de l'identité des questions de fait et de droit?

Il est arrivé, lorsque la démonstration du dol ou des pratiques dolosives requérait une enquête individuelle aux fins de l'établissement de représentations verbales spécifiques à chacun des membres d'un groupe, que l'autorisation ne soit pas accordée.⁹ Dans un autre cas où des représentations frauduleuses sont

9. *Bertrand c. Les Investissements Monarch Ltée* (21 mars 1985), Valleyfield 760-06-000001-84 (C.S.) j. Boudreault : Il s'agissait en l'espèce d'un groupe relativement restreint de personnes à qui on avait fait miroiter l'attribution de subventions qui seraient consécutives à l'achat d'immeubles. On pourra consulter également relativement à un contrat de travail

alléguées, le tribunal, observant que le requérant ne peut qu'ignorer les représentations faites à d'autres membres qu'il entend néanmoins représenter, refuse l'autorisation.¹⁰

Il faut rappeler que l'exercice du recours collectif n'exclut pas la considération de questions de fait ou de droit particulières à chacun des membres.¹¹ Ainsi, une autorisation a pu être accordée relativement à un recours en annulation de contrat, où l'on comptait au nombre des questions à être tranchées, la détermination du fait que chaque membre avait été victime de manoeuvres frauduleuses et de fausses représentations au moment de la conclusion d'un contrat, avec une firme dispensant des services d'aide à l'emploi.¹²

Par ailleurs, une autorisation d'exercice collectif fut donnée relativement à un groupe de 600 personnes, qui, à la recherche d'un abri fiscal, et à la suite de l'achat de parts d'une société en commandite, avait investi dans l'immobilier sur la base de fausses représentations. L'argent recueilli était destiné à l'achat d'un immeuble, et il est apparu que le coût réel de l'immeuble acheté était de loin inférieur au coût, représenté au moment de la sollicitation, de l'investissement. On a estimé que les sommes investies étaient soumises aux mêmes faits ayant entouré l'opération.¹³

On peut donc en conclure qu'à compter du moment où le requérant soumet, à l'occasion de la présentation de sa requête en autorisation, une preuve démontrant le caractère répétitif d'une manoeuvre dolosive ou de fausses

-
- assorti à un contrat d'achat de livres : *Benoît c. Société nationale de diffusion éducative (Sondec) inc.* (2 décembre 1992), Montréal 500-06-000010-880, J.E. 93-267 (C.S.); à un contrat de franchise : *Perreault-Bélair c. Phildar Ltée* (21 mars 1988), Montréal 500-06-000003-877, J.E. 88-621 (C.S.) [ci-après *Perreault-Bélair*]; à un contrat de services de voyagistes : *Gagnon c. Nolitour Inc.* (1996) R.D.J. 113 (C.A.).
10. *Lefebvre c. Société Générale (Canada) Leasing Inc.* (28 septembre 1987), Montréal 500-06-000002-879 (C.S.) j. Forest.
11. Article 54 des *Règles de pratique*, *supra* note 6.
12. *Association coopérative d'économie familiale (ACEF) du Centre de Montréal c. Service d'aide à l'emploi national Inc.* (11 septembre 1987), Montréal 500-06-000008-879 (C.S.) j. Downs.
13. *Corbeil c. Jean-Marc Veilleux* (26 octobre 1992), Montréal 500-06-000006-920, J.E. 92-1684 (C.S.).

représentations, à l'endroit d'un nombre significatif de personnes susceptibles de faire partie d'un groupe tel qu'il a été défini à l'usage par la jurisprudence, que l'autorisation devrait généralement être accordée. Il devrait en être également ainsi lorsqu'une manœuvre ou un ensemble de manœuvres non répétitives sont, par leur nature, susceptibles d'affecter une pluralité d'intérêts individuels fondés sur des contrats. Il pourrait en être ainsi de la diffusion d'informations fausses dans un prospectus ou encore dans des états financiers de nature à tromper des cocontractants.

2.2 La légalité des stipulations contractuelles et l'interprétation des contrats

L'exercice collectif de recours portant sur la légalité des stipulations contractuelles ou de recours relatifs à l'interprétation des contrats se pose fondamentalement dans les mêmes termes. En pratique, ici aussi, il y a lieu de distinguer les situations où l'on est en présence d'un contrat unique de celles où l'on est en présence d'un ensemble de personnes qui ont été parties à un contrat de même nature.

La première situation implique un seul instrument contractuel produisant des effets à l'endroit d'un groupe relativement important de personnes, n'étant pas les parties contractantes. Dès lors, l'illégalité d'une clause ou la solution d'une difficulté d'interprétation peuvent justifier l'exercice d'un recours collectif.

Dans un tel contexte, on est en présence d'une ou de plusieurs questions de droit identiques, similaires ou connexes qui constituent habituellement la part la plus substantielle du litige; les questions de fait étant moins susceptibles dans ce contexte d'être litigieuses.

Ainsi, l'exercice collectif a été autorisé à l'endroit d'un groupe de conjoints de salariés, retraités et décédés, relativement à l'interprétation du mode d'attribution et de calcul des rentes.¹⁴

14. *Comete c. L'Association de bienfaisance et de retraite des policiers de la Communauté urbaine de Montréal* (2 avril 1984), Montréal 500-06-000002-846 (C.S.) j. Vaillancourt. On trouve dans cette décision une description élaborée d'un groupe qui illustre bien le principe à l'effet que l'on doit pour obtenir l'autorisation, être en présence d'un groupe précis, concret,

De même, la détermination de la légalité d'une clause de réduction de prestation, retrouvée dans un contrat d'assurance collective conclu entre un employeur et un assureur, soulève une question de droit identique.¹⁵

Enfin, l'autorisation a été accordée à l'égard de plusieurs groupes de salariés retraités réclamant des surplus accumulés dans leur caisse de retraite, et le remboursement de congés de cotisation que s'étaient alloués leurs employeurs.¹⁶

La légalité et la portée de clauses contractuelles peuvent aussi être discutées relativement à plusieurs contrats d'un même type, où l'identité d'une des parties contractantes est constante, et l'identité de l'autre est variable. Il s'agira souvent d'un contrat d'adhésion. Tout type de contrat peut être en cause dès lors qu'il s'agit d'une pratique contractuelle à caractère répétitif pour l'une

caractérisé de membres; la seule catégorisation dans l'abstrait d'un groupe ne permettant généralement pas d'établir avec suffisamment de précisions les personnes par rapport auxquelles les questions de fait ou de droit seront tranchées. Cette description va comme suit : «[t]ous les conjoints admissibles [veuves] des anciens policiers [décédés] de la Ville de Montréal qui ont pris leur retraite entre le 1er janvier 1966 et le 31 décembre 1971 et qui ont, après leur retraite, exercé un autre travail qui a eu pour effet d'augmenter la valeur de la rente au conjoint admissible payable à ces veuves-ci en vertu du Régime des rentes du Québec. Par conjoint admissible on entend la personne de sexe féminin légalement mariée à un policier, à un retraité ou à un ex policier qui avait droit, lors de la cessation de service, à une rente de retraite différée, qui l'est devenu avant le 60e anniversaire de naissance de son conjoint et qui le demeure jusqu'à l'événement donnant droit à des prestations en vertu du présent règlement et conséquemment tous les héritiers des conjoints admissibles.»

15. *Association québécoise pour la défense des droits des retraités et pré-retraités (A.Q.D.R.) inc. c. Dominion, compagnie d'assurance-vie* (6 juillet 1981), Montréal 500-06-000012-8111 (C.S.) j. Beaugard. La question de droit était identique pour tous, à savoir la légalité de la déduction des prestations de la Régie des rentes, des indemnités payables en vertu de contrats d'assurance. On observera ici qu'il avait pluralité de parties contractantes chez les défendeurs. L'autorisation a été refusée pour d'autres motifs.
16. *Châteaufort c. TSCO of Canada Ltd et al.*, [1993] R.J.Q. 2663 (C.S.) Voir également *Brochu c. Lac d'Amiante du Québec Ltée* (29 janvier 1993), Frontenac 235-06-000001-924, J.E. 93-596 (C.S.), *Lavallée c. Cogena 1980 inc.* (15 février 1993), Montréal 500-06-000010-914 (C.S.) j. Benoît; *Bolduc c. Compagnie Montréal Trust* (26 avril 1989), Montréal 500-09-000957-878, J.E. 89-1028 (C.A.); *Vachon c. Les Mines d'amiante Bell Ltée* (10 juillet 1989), Thetford-Mines 235-06-000001-890 (C.S.) j. Moisan; *Syndicat Canadien de la fonction publique, section locale 1236 c. Outremont (Ville d')* (21 janvier 1998), Montréal 500-06-000021-960 (C.S.) j. Grenier; *Syndicat des fonctionnaires municipaux de Montréal (SCFP) c. C.U.M.* (18 décembre 1995), Montréal 500-06-000009-957 (C.S.) j. Dalphond.

des parties contractantes (contrat de vente, de crédit-bail, de transport, contrat individuel de travail, de service, de louage, de prêt, de cautionnement, de dépôt, d'assurance ou de rente).

Dans un tel contexte, sous réserve des règles applicables en matière de prescription, le regroupement vise habituellement toutes les parties à des contrats, conclus depuis la première occurrence de la clause dont on vise à faire prononcer l'illégalité (par exemple une clause relative au mode de calcul d'un taux d'intérêt non conforme à la législation) ou, qui recèlent la clause dont on recherche l'interprétation.

Ainsi, l'exercice collectif a été autorisé dans le cas de contrats conclus par des compagnies d'assurances avec leurs représentants, ces derniers recherchant la nullité d'une clause relative aux commissions en raison de son caractère abusif.¹⁷ L'autorisation a été également accordée dans le cas de l'illégalité de la facturation de certaines charges relatives à des services téléphoniques.¹⁸

En contrepartie, on a parfois estimé que même en présence de questions de droit identiques, relatives à une série de contrats de même nature, la diversité des situations de fait pouvait jouer contre l'autorisation d'exercice. A titre d'exemple, la détermination du caractère abusif d'un taux d'intérêt étant fonction du risque, il n'est susceptible que d'une appréciation individuelle.¹⁹ De même,

17. *Latreille c. Industrielle Alliance, cie d'assurance-vie* (11 décembre 1997), Québec 200-06-000001-977 (C.S.) j. Allard.

18. *Houle c. Télébec Ltée* (7 mai 1991), Rouyn-Noranda 600-06-000001-879, J.E. 91-1178 (C.S.).

19. *Riendeau c. Cie de la Baie d'Hudson* (11 septembre 1998), Montréal 500-06-000038-912 (C.S.) j. Tannenbaum. En appel. Voir également relativement à une clause limitative de droits d'auteur : *Bergeron c. Sogidès Ltée* (16 septembre 1998), Montréal 500-06-000046-975 (C.S.) j. Trudeau; à des contrats de construction *Bélanger c. Association de la construction du Québec* (9 mars 1994), Montréal 500-06-000002-929, J.E. 94-623 (C.S.). Dans ce dernier cas le recours a été autorisé mais le Juge a signalé qu'il eut été rejeté en présence de situations de fait distinctes.

la démonstration qu'un contrat a été conclu sous l'effet de la contrainte, ne serait également susceptible que d'une telle appréciation.²⁰

En définitive, si les paramètres juridiques de la cause sont constants, et que des éléments de fait varient sans que l'issue du litige ne puisse s'en trouver modifier à l'égard de l'ensemble des membres du groupe, l'exercice collectif doit être autorisé. Cependant la présence de variations nombreuses dans les situations de fait individuelles, qui seraient de nature à entraîner des conséquences sur l'issue du recours, constituera un facteur qui rendra hésitant, voire empêchera le tribunal d'autoriser l'exercice collectif.

3. L'inexécution contractuelle

3.1 Le choix de recours

En principe et en pratique, l'inexécution contractuelle donne droit à un choix de recours qui intéresse, suivant la formulation retenue par le Code civil de 1994 :

- «l'exécution forcée en nature de l'obligation contractuelle;
- la résolution du contrat, sa résiliation ou la réduction d'une obligation corrélative;
- l'exécution par équivalent et les demandes relatives à l'indemnisation du préjudice consécutif à l'inexécution des obligations.»²¹

La difficulté que pouvait poser, du point de l'exercice d'un recours collectif, l'existence d'un choix de remèdes a été surmontée au tout début de l'histoire du recours collectif québécois, la Cour Suprême ayant énoncé qu'il suffisait que «la conclusion recherchée soit susceptible d'être un remède approprié pour tous les membres du groupe libre à ceux qui préfèrent un autre

20. *Loiselle c. Société Canada Trust* (27 février 1992), Québec 200-06-000001-910 (C.S.) j. Larue.

21. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 1458 et 1590 et *Code civil du Bas Canada*, art. 1065.

remède de s'exclure du groupe.»²² Dans cette hypothèse c'est donc le mécanisme de l'exclusion qui empêche le représentant de se réserver le choix du remède. Le membre qui s'exclut peut exercer individuellement le recours qu'il souhaite. De la même façon les membres du groupe n'ont pas à être tous dans la même situation par rapport au contrat.²³

En découle-t-il la possibilité que des recours collectifs distincts, fondés sur des faits de même nature, puissent coexister à condition de déboucher sur des conclusions différentes?²⁴ Cela est sans doute concevable sur le strict plan de l'autorisation mais cela ne va pas sans poser certains problèmes sur le plan de l'exercice collectif, et sans soulever la possibilité de jugements contradictoires. Il semble en effet difficilement acceptable du point de vue de l'administration judiciaire, à supposer que cette coexistence soit sanctionnée judiciairement, que les recours puissent être poursuivis autrement que réunis aux fins d'une audition commune. À défaut, les dossiers progresseraient suivant des échéanciers indépendants, sur la base de preuves virtuellement différentes, avec toutes les complications qu'il est facile d'entrevoir.

La situation que l'on retrouve en pratique, dans les cas d'inexécution contractuelle, implique généralement une multiplicité de contrats où l'identité de l'une des parties contractantes est constante et l'identité de l'autre variable. L'inexécution successive d'une série d'obligations de même nature, mais fondée sur des contrats conclus avec des personnes différentes, ne soulève généralement pas de questions de fait communes qui justifient l'exercice collectif des

22. *Nault c. Canadian Consumer Company*, [1981] 1 R.C.S., 553; [1980] R.P. 293 (C.A.).

23. *Association des consommateurs du Québec c. Lafortune et W.C.I. Canada inc.* (21 février 1996) Montréal 500-06-00009-940, J.E. 96-727 (C.S.), autorisation refusée inf. par (24 octobre 1997), Montréal 500-09-002230-969, J.E. 97-2064 (C.A.).

24. Cette hypothèse n'est pas aussi inusitée qu'il en pourrait paraître à première vue. Qu'arriverait-il si constatant qu'un promoteur immobilier ne peut passer les titres immobiliers à différents acheteurs (le transfert étant prohibé suite à l'entrée en vigueur d'une loi prohibant un tel transfert entre le moment de la vente et celui du transfert) un certain nombre d'acheteurs recherchaient la passation du titre et d'autres l'annulation de la vente. Cette situation aurait pu survenir dans le contexte de l'affaire suivante : *Lebel c. Winzen Land Corporation* [1989] 1 R.C.S. 918.

recours.²⁵ La répétition d'un acte ou d'une omission fondant l'inexécution ne suffit pas à elle seule à démontrer l'existence de questions communes.

Un parallèle peut sans doute être établi, ici, avec la problématique qui prévaut en matière de responsabilité civile extracontractuelle, où en principe il faut retrouver des questions de fait communes pour être en mesure de justifier la collectivisation. En d'autres termes, il semble qu'il faille que l'inexécution soit attribuable à un acte ou une omission procédant d'un complexe unique de faits, entraînant des effets à l'endroit d'un nombre significatif de contractants ayant droit à l'exécution d'une obligation de même nature pour que l'autorisation soit accordée.

Il en est ainsi, par exemple, lorsque des consommateurs s'étant individuellement prévalu des services d'un même voyageur, seraient sans fondement, contraints de loger dans un hôtel de piètre qualité alors que l'obligation du voyageur était relative à un hôtel de qualité supérieure.

Deux autres remarques s'imposent dans ce contexte. Si le recours implique une obligation de résultat, cela devrait faciliter la démonstration de l'existence de questions de fait communes. Il ne faut pas pour autant conclure que la présence d'une obligation de moyen jouerait nécessairement en sens inverse.

De plus, il semble qu'en pratique, les conclusions en résiliation, en résolution ou en réduction des obligations ne soient pas toujours recherchées en matière d'inexécution contractuelle. Les conclusions visent fréquemment la condamnation à des dommages-intérêts pour valoir comme forme d'exécution par équivalent, ou encore comme indemnisation du préjudice consécutif à l'inexécution. Enfin, les plaideurs cèdent parfois facilement à la tentation de rechercher une condamnation à des dommages exemplaires.

25. *Perrault-Bélair, supra note 9* : une partie du litige reposait sur des allégations d'inexécution d'obligations d'un franchiseur à l'égard de ses franchisés.

3.2 Contextes des autorisations recherchées en matière d'inexécution contractuelle

L'autorisation d'exercice de recours collectifs fondés sur l'inexécution des obligations a été recherchée relativement à différentes formes contractuelles prévalant dans toutes sortes de contextes socio-économiques. Des recours ont été autorisés relativement à des contrats de vente, mobilière ou immobilière, et de services.

En matière de contrats de services, l'inexécution contractuelle a été soulevée avec beaucoup de succès tant sur le plan de l'autorisation que sur le fond des litiges relativement à des obligations énoncées dans des contrats de services publics,²⁶ ou encore de services de voyagistes.²⁷ Dans le cas de ces derniers les questions communes ont généralement trait au retard des vols d'avion, à la qualité des prestations et à la sécurité des établissements hôteliers.

26. *Plouffe c. Cablevision Nationale Ltée*, [1982] C.S. 257.

27. *Bouchard c. Entreprises Dorette Va/Go*, [1997] R.J.Q.2579 (C.S.); *Duverger-Villeneuve c. Agences Voyages les Tours Corail Inc.* (27 juillet 1995), Montréal 500-06-000005-948 (C.S.) j. Coté; *Jolicoeur c. 29637634 Québec Inc. (voyage)* (31 août 1995), Montréal 500-06-000006-946 (C.S.) j. Lévesque; *Lacroix-Perron c. Entreprises Dorette Va Go Inc.*, (31 août 1995), Montréal 500-06-000007-944 (C.S.) j. Lévesque; *Greene c. Vacances Air Transat A.T. Inc.* (7 avril 1993), Montréal 500-06-000011-920, J.E. 93-984 (C.S.); *Guilbert c. Vacances sans frontière Ltée* (19 mai 1989), Montréal 500-06-000003-893 (C.S.) j. Cliche; *Sirois c. Vacances sans frontière Ltée* (6 avril 1989), Montréal 500-06-000001-897 (C.S.) j. Downs; *Charette c. Minerve Canada Inc.* (31 mai 1988) Montréal 500-06-000002-887, J.E. 88-838 (C.S.); *Joyal c. Elite Tours Inc.*, J.E. 88-837 (C.S.); *Boulanger c. Trafic Voyages Ltée* (3 mai 1988), Montréal 500-06-000004-883 (C.S.) j. Brossard; *Brûlé c. Tours Sol Vac* (17 octobre 1989), Montréal 500-06-000006-888, J.E. 89-1625 (C.S.); *Berdah c. Nationair Canada* (12 mars 1991), Montréal 500-06-000009-882, J.E. 91-533 (C.A.); *Yron c. Trafic Voyages Ltée* (23 février 1989), Montréal 500-06-000020-889 (C.S.) j. Downs; *Dagenais c. Nationair Canada Inc.* (20 décembre 1989), Montréal 500-06-000013-884 (C.S.) j. Grenier; *Samson c. Nolisair International Inc.* (7 mai 1985), Montréal 500-06-000001-855 (C.S.) j. Tannenbaum; *Boire c. Nolisair International Inc.* (7 mai 1985), Montréal 500-06-000002-853 (C.S.) j. Tannenbaum; *Gagnon c. Nolisair International Inc.* (7 mai 1985), Montréal 500-06-000003-851 (C.S.) j. Tannenbaum; *Burri c. Nolisair International Inc.* (13 décembre 1985), Montréal 500-06-000005-856 (C.S.) j. Mercure; *Charbonneau c. Aéro Mexico* (16 juillet 1981), Montréal 500-06-000023-818 (C.S.) j. Mailhot.

4. La collectivisation des questions de fait et de droit relatives aux demandes de dommages-intérêts en matière contractuelle et au lien de causalité

La collectivisation des questions de fait et de droit relatives aux demandes de dommages-intérêts pose a priori moins de difficultés en matière contractuelle qu'en matière extracontractuelle. D'une part, les rapports de droit sont homogénéisés par le contrat ou le cas échéant par les contrats. D'autre part, comme le préjudice se limite à ce qui a été prévu ou à ce qui était prévisible, l'identification des questions de fait et de droit qui sont communes aux parties est plus facile. Le cadre contractuel facilite l'établissement de balises pour la détermination de l'étendue du préjudice. Cependant les difficultés liées à la collectivisation de la démonstration du lien de causalité peuvent être importantes, et il semble que cette démonstration s'effectuera généralement au moyen de présomptions.

II- Les recours fondés sur la responsabilité extracontractuelle

1. Problématique

Les principaux contextes factuels à propos desquels ont été invoqués des actes ou des omissions à l'origine de manquements à des devoirs ont été très variés : sinistres de grande amplitude, grèves illégales, troubles de voisinage, effets de l'utilisation de produits.

La poursuite en responsabilité civile extracontractuelle requiert de la partie demanderesse la démonstration d'une faute (sauf évidemment les cas de faute présumée ou de responsabilité sans faute), d'un préjudice et du lien de causalité. C'est autour de ces trois éléments du fardeau de preuve que s'articule la formulation des questions de fait et de droit qui devront être discutées dans le cadre de l'exercice collectif.

Au préalable, cette formulation, n'est possible que si la description du groupe envisagé établit des critères objectifs permettant de déterminer les personnes susceptibles d'être affectées par la faute. C'est un exercice qui s'avère en pratique plus difficile qu'en matière contractuelle et justifie parfois des enquêtes poussées.

Différents critères permettant de déterminer l'appartenance à un groupe ont été utilisés et les termes de la description des groupes se sont affinés avec une rigueur croissante. L'administration de ces critères ne doit pas avoir pour effet de contraindre une personne, appelée à faire partie d'un groupe à une enquête pour savoir si elle fait partie de ce groupe. Les critères doivent correspondre à des éléments vérifiables de la manière la plus objective qui soit. La résidence, le domicile, la détention d'un titre de propriété, de la possession, ou d'une autre forme de titre (par exemple, la détention d'un titre de transport), la qualité, un état de droit ou de fait, la survenance d'un fait tel le fait d'avoir été l'utilisateur d'un produit [...] sont des éléments qui respectent ces impératifs.

La détermination du groupe s'effectue aussi en tenant compte du temps : les droits s'appréciant par rapport à une époque donnée.

Comme en matière contractuelle, l'identité des questions de fait et de droit n'est pas requise à l'égard de tous les éléments constitutifs du fardeau de preuve. Les requêtes en autorisation ont été souvent contestées au motif qu'il n'y avait pas suffisamment de questions communes justifiant un exercice collectif des recours, ou qu'il subsistait, en dépit de questions communes, des questions importantes dont la solution ne pouvait être trouvée que par un traitement individuel des demandes. Le texte du Code de procédure civile relatif à la première condition d'autorisation est pourtant clair, n'a pas été modifié depuis l'introduction du recours dans la législation, et ne devrait pas l'être compte tenu de la maturité des pratiques actuelles. En effet : la simple et seule existence de questions de fait ou de droit identiques, similaires ou connexes suffit à remplir la condition prévue à l'article 1003 a) du Code de procédure civile.

Différents facteurs peuvent être invoqués pour expliquer cette évolution que l'on pourrait considérer un peu lente à la lumière de l'expérience américaine, si voisine. Ainsi, la persistance d'une conception juridique individualiste de l'exercice des recours, articulée autour de la notion de cause, a sans doute freiné l'introduction du recours collectif. De plus, la qualité et la rigueur de la formulation des demandes et de la structuration de l'exercice collectif par les plaideurs se sont accrues à l'usage. Enfin, l'élaboration d'une doctrine ne s'est effectuée qu'assez lentement.

Dans ce qui pourrait être la période initiale du régime d'autorisation judiciaire du recours collectif, on a souvent eu l'impression que le requérant se devait de démontrer que l'ensemble des questions de fait et de droit étaient communes, comme si la procédure ne pouvait assurer au delà du traitement des questions communes, le traitement de questions individuelles.

Ainsi, il semblait plutôt logique d'exiger que l'ensemble, ou du moins les principales conclusions de droit et de fait, soient communes. Et ce afin d'éviter que la portée du recours ne se limite qu'à une question accessoire, laissant une part du litige non résolue.

Puis, il semble que la Cour d'appel ait donné un signal permettant d'infléchir cette tendance en rappelant que toutes les questions de fait et de droit n'avaient pas à être communes.

Plus récemment, il appert que la présence d'une seule question de fait ou de droit commune permette de satisfaire à l'exigence, et ce même si sous d'autres rapports les questions de fait ou de droit pourraient être différentes à l'endroit de certains membres.

Ainsi à titre d'exemple, il a été jugé que la discussion des effets de l'utilisation d'un produit comme le gel de silicone dans la fabrication de différents implants mammaires soulevait des questions de fait de nature à justifier l'autorisation.²⁸

L'identification des questions de fait ou de droit ne s'effectue pas a priori différemment dans le contexte de l'exercice d'un recours collectif que de celui d'un recours individuel dès lors que l'on est présence d'un manquement à un devoir, par action ou omission, susceptible d'entraîner des effets à l'endroit d'un nombre relativement élevé de personnes. Les faits générateurs fondent la discussion de questions communes.

28. *Doyer c. Dow Corning Corp.* (17 novembre 1994), Montréal 500-06-000013-934 (C.S.) j. Denis [ci-après Doyer].

C'est d'ailleurs la présence d'un fait ou d'un complexe de faits générateurs de droits d'action qui fonde l'exercice collectif. En définitive l'exercice du recours collectif, dans un tel contexte, se justifie par la commodité de déterminer en un premier temps l'existence d'une responsabilité à l'endroit d'un nombre relativement important de personnes; les questions relatives à l'existence de dommages, à leur nature, à leur étendue et au lien de causalité devant être traitées par la suite.

2. La faute

En matière de recours collectif, il est à noter la nature variée des fautes extracontractuelles alléguées dans le cadre de la recherche de l'autorisation d'exercice du recours collectif.

L'État et différentes entités de droit public ont été visés par des poursuites tout autant que des intérêts privés.²⁹ Les illustrations que nous retiendrons dans cette partie et qui soulèvent la responsabilité de l'État ont été retenues lorsque la faute était relative à des actes de gestion.

On a estimé que les litiges énumérés ci-dessous soulevaient des questions de fait ou de droit identiques, similaires ou connexes.

Ainsi, la faute fondée sur diverses formes de contravention à la loi nécessite le traitement de questions de fait et de droit communes. Il en va ainsi lorsqu'il s'agit de constater la survenance d'une grève illégale ainsi que l'étendue, la durée et les effets de cet arrêt de travail;³⁰ ou encore, s'il s'agit de constater la contravention de municipalités à l'obligation d'enlever l'herbe à poux sur leurs terrains.

En matière de responsabilité des fabricants, la discussion de questions communes s'est généralement élaborée autour des éléments suivants : le défaut

29. *Gelmini c. Québec (P.G.)*, [1982] C.A. 560. La Cour d'appel accorde l'autorisation d'exercer un recours fondé sur la négligence de la Commission des valeurs mobilières agissant à titre d'agent de la Couronne.

30. *Viau c. Syndicat canadien de la fonction publique* (12 avril 1988), Longueuil 505-06-000002-886 (C.S.) j. Tannenbaum

de conception, de composition et de fabrication, la nocivité d'un produit, la satisfaction à l'obligation d'informer relativement à la qualité et à l'usage d'un produit, l'absence ou la carence d'information relative à la nocivité d'un produit ou à des défauts de qualité de ces produits, la détermination du moment où le fabricant a disposé d'informations relatives à la nocivité d'un produit, les défaut de conception ou de sécurité de ces produits. On compte au nombre des produits à l'endroit desquels l'exercice d'un recours a été autorisé le stérilet,³¹ des implants mammaires, un médicament anorexigène.³²

En matière d'environnement et de troubles de voisinage, des conclusions relatives à l'émission d'une ordonnance d'injonction et des conclusions en dommages-intérêts sont fréquemment cumulées.

Dans ce contexte, les autorisations ont fréquemment été accordées, bien qu'il faille signaler quelques exceptions, notamment lorsque l'injonction est recherchée³³ :

-
31. *Tremaine c. A.H. Robins Canada Inc.* (27 février 1987), Chicoutimi 150-06-000001-867, J.E. 87-551 (C.S.) inf. par [1990] R.D.J. 500 (C.A.).
32. *Doyer, supra* note 28; *Pelletier c. Baxter Healthcare Corp.* (16 avril 1998), Montréal 500-06-000005-955, J.E. 98-1200 (C.S.); *ACEF-Centre c. Bristol Meyers Squibb Co.* (16 janvier 1998), Montréal 500-06-000004-917, J.E. 97-621 (C.S.) . On pourra également consulter *Idlin Arkady c. Servier Canada Inc.* (13 mai 1998), Montréal 500-06-000049-979 (C.S.) j. Piché; *Association coopérative d'économie familiale (ACEF)*; *Ladouceur c. Servier Canada Inc.* (13 mai 1998), Montréal 500-06-000050-977 (C.S.) j. Piché et *Hotte c. Servier Canada Inc.* (13 mai 1998), Montréal 500-06-000001-976 (C.S.) j. Piché : trois affaires relatives à un médicament anorexigène pour lesquelles une autorisation est recherchée.
33. *Archambault c. Construction Bérou Inc.*, [1993] R.J.Q. 2235 (C.S.) [ci-après Archambault]. dans cette affaire il a été jugé qu'il n'y avait pas apparence de droit, pour divers motifs, notamment que la recherche d'une injonction s'insère mal dans le cadre d'un exercice collectif dans la mesure où l'ordonnance émise au profit d'un seul individu suffit pour obtenir les effets recherchés; qu'il semble que l'on est voulu se substituer au Procureur général, qui seul est compétent lorsqu'il s'agit de faire respecter les lois, et que le requérant n'avait pas démontré un intérêt particulier autre semble-t-il, que celui de l'intérêt général. Certains aspects du traitement de cette affaire ne sont pas étrangers aux préoccupations qui prévalent à l'endroit de recours qui vise le simple exercice d'un contrôle de légalité à l'exclusion de toute condamnation pécuniaire. Le traitement qui est réservé à ce genre de recours est considéré plus loin. Par la suite, notamment dans l'affaire *Nadon c. Ville d'Anjou*, [1993] R.J.Q. 1133 (C.S.) [ci-après Nadon], l'exigence relative à l'existence d'intérêts individuels a été assouplie afin de tenir compte, en matière d'environnement du texte de l'article 19.3 de la Loi sur la qualité de l'environnement qui donne au citoyen un droit

- L'émanation de produits dans l'environnement (alumine et bauxite).³⁴
- L'émanation de gaz provenant d'une usine d'équarrissage.³⁵
- L'émanation de poussières et de bruit liés à l'exploitation d'une sablière.³⁶
- L'utilisation excessive de chemins publics et le non respect des conditions d'exploitation d'un permis.³⁷
- La production de bruits, d'odeurs et de poussières provenant de l'exploitation d'une cimenterie et plus particulièrement du traitement d'huiles usées.³⁸
- L'existence de dangers aux abords d'une exploitation minière.³⁹
- La contamination d'un plan d'eau et le salissage de ses rives.⁴⁰
- L'émanation de suies et de bran de scie d'une usine.⁴¹
- L'obligation de garder des terrains municipaux exempts d'herbes à poux.⁴²

particulier d'intervention en matière de protection environnementale.

- 34. *Comité de l'environnement de la Baie Inc. c. Société d'électrolyse et de chimie Alcan Ltée* (18 septembre 1991), Chicoutimi 150-06-000002-865 (C.S.) j. Laflamme inf. par [1990] R.J.Q. 655 (C.A.) [ci-après *Comité de l'environnement de la Baie Inc.*].
- 35. *Tremblay c. Alex Couture Inc.*, [1983] C.S. 1163 où l'on a jugé que : « le problème des membres, loin de soulever des questions de faits identiques ou connexes, est au contraire susceptible de soulever des fait différents de l'un à l'autre, dus tout autant à la topographie des lieux et du territoire qu'à la dominance des vents ainsi qu'au fait que les odeurs sont par définition des émanations transmises par un fluide et perçues par l'appareil olfactif soit quelque chose d'essentiellement subjectif à chacun d'entre eux. ».
- 36. *Robitaille c. Les Constructions Désourdy inc.* (9 novembre 1998), Granby 460-05-000095-898 (C.S.) conf. par [1998] R.R.A. 299 (C.A.).
- 37. *Archambault*, *supra* note 33.
- 38. *Barrette c. Ciments du Saint-Laurent Inc.* (31 mars 1994), Québec 200-06-000004-930 (C.S.) j. Thibault, autorisation accordée.
- 39. *Fradette c. Société Asbestos Ltée* (22 février 1984), Thetford-mines 235-06-000001-825 (C.S.) j. Dufour, autorisation accordée.
- 40. *Association des propriétaires et locataires de St-Ignace Inc. c. Consolidated Bathurst Inc.* (13 décembre 1990), Montréal 500-06-000002-903, J.E. 91-325 (C.S.), autorisation accordée.
- 41. *Morin c. Planchers Beauceville Inc.*, [1992] R.J.Q. 1857 (C.S.). L'autorisation est refusée en raison du nombre restreint de membres à représenter et du caractère peu adéquat de la représentation du représentant.
- 42. *Nadon*, *supra* note 33. Le recours vise l'émission d'une ordonnance d'injonction à l'encontre de 23 municipalités et une condamnation à des dommages-intérêts. Le refus d'autorisation en Cour supérieure est infirmé en appel ([1994] R.J.Q. 1823 (C.A.)) .

- L'émanation de bruits liés à l'utilisation d'hydravions sur un lac.⁴³
- La présence de bruits causés par des ventilateurs et la manipulation de ferrailles; l'émanation de poussières et d'odeurs sulfureuses.⁴⁴
- Les troubles de voisinage liés à des activités portuaires.⁴⁵
- L'émanation de biogaz d'un site d'enfouissement sanitaire.⁴⁶

En matière de sinistre de grande amplitude, ce sont les inondations qui ont occasionné le plus grand nombre de requêtes en autorisation. Chaque cas en est un d'espèce. Bien qu'une inondation soit susceptible d'entraîner des conséquences à l'endroit d'un nombre relativement élevé de personnes, elle ne peut, à l'évidence, fonder en soi l'exercice d'un recours! Il est nécessaire d'alléguer une faute caractérisée et particularisée, pour qu'elle puisse justifier l'exercice d'un recours collectif. Dans ce contexte, les fautes reprochées l'ont été à l'endroit d'entités responsables du fonctionnement et de l'entretien d'ouvrages publics ou privés, et plus particulièrement, relativement à l'inadéquation et au mauvais entretien d'un réseau d'égout ou à sa mauvaise exploitation,⁴⁷ ou encore à l'exploitation d'un réservoir hydroélectrique.⁴⁸

-
- 43. *Filteau c. Aviation Roger Forgues Inc.* (30 janvier 1997), Québec 200-06-000001-951, J.E. 97-514 (C.S.), autorisation accordée.
 - 44. *Comité d'environnement de Ville Émard c. Domfer Poudres Métalliques Ltée* (5 juin 1998), Montréal 500-06-000036-976, J.E. 98-1514 (C.S.), autorisation accordée.
 - 45. *Mayer c. Cast Terminal Inc.* (3 mars 1998), Montréal 500-06-000030-979 (C.S.), autorisation accordée.
 - 46. *Roberge c. Sherbrooke (Ville de)* (8 octobre 1998), Sherbrooke 400-06-000001-986 (C.S.), autorisation accordée.
 - 47. *Pilote c. Corporation municipale de St-Bruno (Alma)* (1^{er} octobre 1993), Alma 160-05-000013-939 (C.S.) j. Richard : il s'agit de refoulements d'égouts suite à des pluies importantes. Autorisation refusée en raison de la présence d'un trop grand nombre de situations différentes. Voir également pour une autorisation refusée sur la base de motifs analogues : *Labrèche-Nantel c. Ville de Vaudreuil* (2 avril 1981), Valleyfield 760-05-000588-80 (C.S.) j. Lagacé; *Nagar c. Ville de Montréal* [1988] R.J.Q. 2219, 2226 (C.S.) conf. par [1991] R.D.J. 604 (C.A.).
 - 48. *Bouchard c. Corporation Stone Consolidated* (20 octobre 1997), Chicoutimi 150-06-000001-966 (C.S.) j. Letarte, autorisation accordée. On allègue faute et négligence dans le contrôle, l'entretien, l'opération et la gestion d'opérations de retenues des eaux, le caractère inadéquat et la contravention aux normes relatives à des équipements de retenue des eaux; la planification et la mise en oeuvre inadéquates de mesures d'urgence à l'occasion de pluies importantes. Le juge s'explique à la p. 5 du jugement : «Avec égards, le problème soulevé par tous les membres du groupe à être formé est essentiellement le même. Si elle a existé, la négligence de l'intimée dans la construction, l'érection ou l'entretien de son barrage ou

Dans ces cas, comme en matière d'environnement, il semble que

«The proof of facts giving rise to responsibility particularly the technical evidence, is likely to be the same in each case, as is much of the defense evidence on responsibility. [...] Many of the legal questions are likely to be similar, the standard of care required to prevent air pollution of this kind in the circumstances the applicability of the *volenti non fit injuria* principle, and the rule of prescription applicable, are some of the legal questions that easily come to mind.»⁴⁹

L'autorisation d'exercer le recours collectif a aussi été recherchée par l'allégation d'une ou de plusieurs séries d'atteintes à des droits fondamentaux ou à l'intégrité et la dignité de la personne. C'est l'existence d'une pratique institutionnalisée qui semble fournir l'axe autour duquel s'effectue le regroupement. Ainsi en est-il :

- du traitement cruel ou inusité dont pourraient être victimes des prisonniers dans le contexte d'une émeute survenue dans un établissement pénitencier.⁵⁰
- de la dignité et de l'honneur de personnes soumises à un bertillonnage dont la légalité est contestée.⁵¹
- de la déclaration fautive de l'aliénation mentale de personnes ou de divers abus relatifs à des personnes placées en institution.⁵²

Il faut aussi signaler l'utilisation qui a été faite du recours collectif au titre de la responsabilité légale des administrateurs d'entreprises faillies ou

de sa digue est-elle la cause des dommages subis? L'intimée attribue cette situation à une force majeure [...]. C'est là que réside l'élément principal du débat, qu'il s'agisse du voisin immédiat du barrage, du résident le plus éloigné dont l'immeuble a été emporté ou endommagé par le torrent soudain, qu'il ait été propriétaire ou locataire. [...]

49. *Comité de l'environnement de la Baie Inc.*, *supra* note 34.

50. *Lasalle c. Kaplan*, [1985] C.S. 854; [1988] R.D.J. 112 (C.A.).

51. *Beullac c. Procureur général du Québec* (12 mars 1981), Montréal 500-06-000011-797 (C.S.) j. Deslongchamps, autorisation accordée.

52. *Bertrand c. Communauté des Soeurs de la Charité de la Providence* (28 mars 1994), Montréal 500-06-000004-933, J.E. 94-701 (C.S.), autorisation refusée.

insolvables pour les salaires et certaines formes de bénéfices connexes des employés.

La satisfaction au critère de l'identité des questions de fait et de droit ne pose pas véritablement de problèmes dans un tel contexte. Le cadre de la responsabilité repose sur l'établissement de faits communs généralement publics, voire notoires (état d'insolvabilité de l'entité morale, dépôt de réclamations auprès du syndic de faillite). À l'instar des poursuites dirigées contre les voyageurs, une pratique s'est développée et des autorisations ont été accordées en nombre significatif.⁵³ Cependant, en présence d'une voie de recours spécifique prévue par une loi, le tribunal pourrait être réticent à accorder l'autorisation si l'utilisation de cette voie de recours s'avère plus simple et avantageuse que celle du recours collectif.⁵⁴

Il convient également de signaler que l'on ne peut soulever la diversité des moyens de défense, auxquels est susceptible de recourir l'entité poursuivie, aux fins de démontrer que les questions de droit ou de fait ne sont pas identiques, similaires ou connexes.

L'existence de questions de fait ou de droit relatives à la démonstration de la responsabilité est une condition *sine qua non* à la présentation d'une requête en autorisation. Nous entendons par là qu'il n'est pas possible d'accorder une telle autorisation sans qu'il existe une question de fait ou une question de droit en relation avec la démonstration de l'existence de cette responsabilité et ce, indépendamment des dommages. Une simple et seule question de fait ou de droit peut, à la limite, suffire à justifier l'exercice collectif.

53. *Masson c. Thompson* (29 janvier 1992), Montréal 500-06-000005-914, J.E. 92-337 (C.S.), dans ce dossier l'autorisation fut confirmée en appel ([1993] R.J.Q. 69 (C.A.), elle fut suivi d'une exception déclinatoire rejetée, l'appel du rejet de l'exception déclinatoire fut rejeté. Le jugement sur le fond donna raison aux salariés et il y eut appel sur le fond. Il a donc fallu compter sept ans depuis l'année d'ouverture du dossier pour que la condamnation puisse être obtenue, sans compter la période antérieure à l'introduction des procédures. Voir également : *Plourde c. Hélie* [1984] C.S. 462 et *Lafrenière c. Wise* [1995] R.J.Q. 2121 (C.S.).

54. *Fradet c. Société Asbestos Ltée*, [1990] R.D.J. 180 (C.A.). Le recours considéré était celui des actionnaires minoritaires, fondé sur l'article 234 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*.

C'est donc à l'usage que le recours collectif s'est implanté en matière de responsabilité civile extracontractuelle.

3. Le préjudice et le lien de causalité.

La pluralité des chefs de dommages en soi, ni le fait que chacun des membres puisse être appelé à être indemnisé relativement à des chefs de dommages différents ou à des indemnités de même importance, ne peuvent servir à démontrer que le recours ne satisfait pas à l'exigence de l'existence de questions de fait ou de droit identiques, similaires ou connexes. D'ailleurs, le dispositif légal et réglementaire a pourvu à cette difficulté notamment, en ce que l'exercice du recours autorise le traitement de questions qui sont particulières à certains membres.

Les questions liées à l'étendue du préjudice n'ont pas semblé, à première vue, poser de problèmes puisque d'emblée le système a été conçu de façon à permettre le traitement individuel des réclamations.

Nous estimons, cependant, que la structure du recours peut inviter certains praticiens à une homogénéisation de la nature des chefs de dommages et de l'étendue de ceux-ci dans la formulation de leurs demandes. Il s'agit d'une pratique qui pourrait, dans certains cas, s'avérer préjudiciable à certains membres. De nombreux praticiens ont pallié à cet écueil en formulant des réserves en faveur des membres qui seraient en mesure de justifier des chefs de dommages qui leur soient propres, ou encore de faire la démonstration d'un préjudice plus important que celui subi par les autres membres du groupe. Cette individualisation se concrétise à l'occasion de la production d'une réclamation individuelle.

Il faut donc en matière de dommages que le processus de collectivisation laisse entrevoir la possibilité qu'une solution judiciaire puisse être apportée, et que cette solution soit susceptible d'épuiser tout le litige.

On sait, qu'il appartient à la partie demanderesse de faire la démonstration d'un lien de causalité entre les éléments générateurs de responsabilité et le préjudice subi par chacun des membres.

Il a été souligné qu'en matière de recours collectif, l'appréciation du lien de causalité devait s'effectuer suivant des paramètres différents de ceux prévalant en matière de recours individuels. Les dangers très réels liés à l'appréciation *in abstracto* du lien de causalité ont également été signalés. De plus, les entités poursuivies ont fréquemment opposé dans leur contestation des requêtes en autorisation que la diversité des questions de fait et de droit, à la démonstration de ce lien, était telle que seule une détermination individuelle s'avérerait praticable.

En définitive, il semble que la démonstration du lien de causalité en matière de recours collectif s'effectue généralement par le seul jeu des présomptions.

III- Les recours comportant une dimension de droit public

1. Problématique

Les recours soulevant une dimension de droit public présentent deux caractéristiques significatives dans le contexte du recours collectif. Les débats de droit public sont généralement susceptibles d'entraîner, en quelque sorte par nature, des effets juridiques à l'endroit d'une pluralité de sujets de droit. De plus, les débats de droit public soulèvent des questions de droit qui sont prédominantes par rapport aux questions de fait, et qui constituent souvent l'essentiel du litige.

Par définition, les débats de droit public intéressent l'ordre et l'intérêt public. Dans un tel contexte, lorsqu'il s'agit d'apprécier l'intérêt requis pour agir en justice, il appert que les intérêts individuels du représentant et des membres doivent se distinguer de l'intérêt public, dont la défense est généralement l'apanage du Procureur Général.

L'autorisation d'exercer un recours, soulevant une simple question de droit public n'a généralement pas été accordée lorsqu'elle n'était pas assortie d'une forme quelconque de réclamation pécuniaire au bénéfice des membres du groupe pour le compte duquel l'autorisation était recherchée. En ce sens, les termes de la description du groupe seront rédigés de façon à ce que l'on soit en présence d'un groupe de personnes, affectées concrètement par l'action ou

l'omission de l'entité poursuivie, ou qui le seraient par les effets de la nullité recherchée. Il ne convient pas de référer à une catégorie abstraite.

Lorsque la solution d'une question de droit public constitue la seule difficulté à solutionner par l'exercice du recours, l'autorisation est généralement refusée.

C'est le cas lorsque qu'il appert qu'en exerçant le recours projeté, le représentant semble se substituer au Procureur général, la poursuite visant alors à imposer le respect de l'ordre public (par la voie d'une injonction à titre d'exemple) sans que des intérêts considérés individuellement n'aient été lésés.

C'est aussi le cas, lorsque la conclusion qui est recherchée par l'exercice du recours collectif se limite à la déclaration d'inconstitutionnalité, de la nullité ou du caractère inopérant d'un texte, ou encore à la déclaration du caractère *ultra vires* ou discriminatoire d'une pratique, sans que l'on ne parvienne à entrevoir une conséquence pécuniaire pour chacun des membres. Dans un tel contexte, le tribunal observe que l'exercice du recours suivant le mode ordinaire permet d'atteindre le même résultat.

En effet, dans un tel contexte, bien qu'en présence d'une question de droit commune, on en a pas moins l'impression que le requérant s'attribue le *locus standi* que l'on connaît en droit public. En fait le malaise provient de la difficulté à déterminer la nature et l'identité des intérêts individuels qui seraient susceptibles d'être véhiculés par l'exercice du recours collectif, ceux-ci n'étant pas assez caractérisés par la demande. Dans un tel contexte, même si l'identité, la similarité et la connexité des questions de droit sont apparentes, l'absence de conclusions à caractère pécuniaire ne permet pas de révéler la convergence des intérêts des membres.

Les autorisations demandées ont généralement eu trait à des recours où l'on recherchait, en un premier temps, une forme quelconque de déclaration (qu'il s'agisse de prononcer l'inconstitutionnalité ou la nullité d'un texte, ou encore de le déclarer *ultra vires*, discriminatoire ou inopérant) ou encore, la constatation d'une forme de contravention à l'ordre public susceptible d'être à l'origine de préjudices subis individuellement.

2. La nature du recours exercé et des conclusions recherchées

Les demandes d'autorisation d'exercer un recours collectif ont été formulées relativement à des recours dont les objets gravitaient généralement autour de deux axes principaux : celui d'une forme de contrôle judiciaire et celui des conséquences pécuniaires découlant d'une nullité, ou encore d'une contravention à la loi.

Il ne semble pas que le moyen de se pourvoir en cas d'usurpation de fonctions, le moyen de se pourvoir en cas de refus d'accomplir un devoir qui n'est pas de nature purement privée, ni la demande *en habeas corpus* n'aient été l'objet de la recherche d'une autorisation.

Les voies de droit les plus générales en matière de contrôle judiciaire se sont révélées mieux adaptées à l'exercice du recours que les voies aux objets plus spécifiques.

Les demandes en nullité ou à caractère déclaratoire n'ont pas toujours eu la faveur des tribunaux, pour les raisons exposées plus haut, notamment lorsqu'elles n'étaient pas assorties de demandes à caractère pécuniaire.⁵⁵

Ainsi, dans le cas de recours visant la nullité de la réglementation municipale, l'autorisation est généralement refusée au motif que le résultat peut être obtenu en exerçant le recours suivant le mode ordinaire.⁵⁶ Cependant,

55. *Union des employés des hôtels et restaurants, commis de bars c. Procureur général du Québec* (4 septembre 1985), Montréal 500-06-000003-844 (C.S.) j. Nolin. On y énonce que le recours en nullité d'une loi est exclu des paramètres du recours collectif, la notion de groupe s'avérant distincte de la notion de l'ensemble de la collectivité des citoyens. *Landry c. Le Président des élections du comté de Bourassa* (6 mars 1987), Montréal 500-06-000011-847 (C.S.) j. Melançon. L'autorisation est refusée relativement à une demande d'annulation d'élection et de déclaration au motif d'inconstitutionnalité d'une disposition de la Loi électorale. On y observe que les conclusions recherchées dépassent les intérêts du groupe visé.

56. *Francoeur c. Municipalité régionale du comté d'Acton* [1985] R.D.J. 511 (C.A.); *Comité de citoyens et d'action municipale de St-Césaire Inc. c. Ville de St-Césaire* [1985] C.S. 35, conf. par [1986] R.J.Q. 1061 (C.A.).

lorsque des remboursements de taxes étaient réclamés, l'autorisation fut tantôt refusée⁵⁷ et accordée.⁵⁸

Les recours collectifs dont l'exercice aurait pu équivaloir à la révision à caractère systématique de décisions ou de pratiques à caractère administratif n'ont guère eu plus de succès.

À titre d'exemple, l'autorisation a été refusée relativement à une requête en jugement déclaratoire visant établir le droit des personnes transsexuelles à la couverture d'assurance-maladie. On a estimé qu'en raison de l'exigence contenue à la loi pour bénéficier de la couverture de l'assurance-maladie (à savoir que le traitement soit requis du point de vue médical) on ne pouvait conclure à l'existence de questions identiques, similaires ou connexes; les droits devant être appréciés individuellement, et non par une déclaration de principe valable pour l'ensemble des personnes visées.⁵⁹

Enfin, l'autorisation d'exercice collectif d'un recours, assimilable au moyen de se pourvoir contre les procédures et les jugements des tribunaux soumis au pouvoir de surveillance et de contrôle de la Cour supérieure, ne

-
57. *Gravel c. La Plaine (Corp. municipale de la paroisse de)* (22 janvier 1987), Joliette 705-06-000001-868, J.E. 87-404 (C.S.), conf. par [1988] R.D.J. 60 (C.A.); *Gosselin c. Corporation municipale de St-Henri* J.E. 91-1783 (C.S.); *Cholette-Slobodian c. Carignan (Ville de)* (9 août 1991), Longueuil 505-06-000001-912, J.E. 91-1475 (C.S.); *Tremblay c. Commission scolaire Laureval* (27 août 1986), Montréal 500-06-000007-860 (C.S.) j. Provost. L'autorisation est refusée au motif qu'il est possible de recourir au mandat prévu à l'article 59 C.P.; *Lessard c. C.S. des Milles-Iles* (12 août 1994), Laval 540-06-000001-935, J.E. 94-1843 (C.S.). L'autorisation est refusée relativement à un recours visant l'invalidation d'une disposition de la Loi sur l'instruction publique et le remboursement de frais de transport scolaire. On estime qu'une action individuelle permet d'arriver au même résultat et on conclut au caractère inapproprié du recours lorsqu'il s'agit d'invalider une loi ou une partie de loi. Par ailleurs quelque temps plus tard, l'exercice d'un recours analogue sera autorisé. Il s'agira d'une action déclaratoire concluant à un agissement illégal. *Lessard c. Commission scolaire des Milles-Iles* (12 août 1994), Laval 540-06-000001-035, J.E. 94-1843 (C.S.).
58. *Caron c. Charlesbourg (Ville de)* [1987] R.J.Q. 383 (C.S.); *Bolduc c. Commission scolaire de Ste-Foy* (8 mai 1984), Québec 200-06-000002-835 (C.S.) j. Landry.
59. *G.L. c. Procureur général du Québec* [1983] C.S. 278; *Bouchard c. Hôpital de Chicoutimi* (12 juillet 1989), Chicoutimi 150-06-000001-891 (C.S.) j. Harvey : autorisation accordée, aux fins de déterminer l'exigibilité de certains frais par un hôpital.

semble que rarement avoir été recherchée, et encore sans succès.⁶⁰ L'autorisation du recours, dans un tel cas, peut entraîner si le recours est fondé, des effets sur un ensemble important de décisions de l'Administration. Comme cette voie de recours est fréquemment dirigée contre une procédure ou une décision, la collectivisation de son exercice serait susceptible d'interférer avec l'exercice des droits que chaque membre du groupe pourrait faire valoir individuellement à l'encontre de la procédure ou de la décision que l'on souhaite soumettre au contrôle judiciaire.

3. La nature des condamnations pécuniaires recherchées

En pratique, trois situations prévalent lorsqu'il s'agit d'assortir des conclusions pécuniaires aux conclusions qui sont relatives à l'exercice du contrôle judiciaire au sens strict.

Ainsi, il arrive fréquemment, lorsque l'objet principal du recours vise à faire constater le caractère discriminatoire d'une loi ou d'un règlement, ou à les rendre inopérants, que le justiciable recherche l'administration d'un traitement qui lui soit plus favorable. L'étendue des droits respectifs des membres du groupe correspond à la différence de traitement qu'ils ont reçu par rapport à celui qu'ils auraient dû recevoir. L'issue du recours débouchant sur un réajustement de la norme, il convient que l'effet de la norme qui aurait dû être réservé à chacun lui bénéficie désormais.⁶¹

60. *Thibodeau c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec* [1987] R.J.Q. 2136 (C.S.) conf. par (1989) 21 Q.A.C. 203. On sollicitait une ordonnance forçant la Commission de la santé et de la sécurité au travail, à réviser un nombre extrêmement considérable de ses décisions. Voir également *Pillin c. Commission de la santé et de la sécurité du travail du Québec* (12 juillet 1982), Québec 200-06-000003-825 (C.S.) j. Philippon inf. par [1983] R.D.J. 227.

61. *Villeneuve c. Québec (Procureur général)*, [1989] R.J.Q. 1950 (C.S.). Des médecins spécialistes étrangers étaient rémunérés par la Régie de l'assurance maladie comme des omnipraticiens. Ces omnipraticiens reçoivent une rémunération moindre. En invoquant le caractère discriminatoire du traitement on conclura à une condamnation correspondant à la différence entre le traitement attribué selon l'entente des médecins omnipraticiens et celui auquel ils auraient eu droit s'ils avaient été visés par l'accord cadre des médecins spécialistes; *Gosselin c. Québec (Procureur général)* (11 décembre 1986), Montréal 500-06-000012-860, J.E. 87-239 (C.S.) sur le caractère inopérant d'un règlement de la Loi sur l'aide sociale comme contraire aux articles 7 et 15 de la Charte canadienne et et 45 de la Charte

Dans un deuxième type de situations, la constatation du caractère inopérant du texte, de sa nullité, du caractère illégal de certaines pratiques fait en sorte que des sommes, qui ont été déboursées, doivent être récupérées. La collectivisation ne pose que peu de problèmes puisque les contours des droits individuels obéissent à un pattern récurrent et la valeur des sommes à remettre est relativement homogène.

On parle alors le plus souvent d'actions en remboursement, en répétition ou en répétition de l'indu. La répétition de l'indu dans le contexte de l'exercice d'un recours comportant une dimension de droit public n'a pas toujours eu la faveur de la jurisprudence, au motif que la décision sur répétition de l'indu appelle la considération d'éléments susceptibles de varier en fonction de chaque individu.⁶² À notre avis, compte tenu de l'évolution de l'ensemble de la jurisprudence et des pratiques de collectivisation, que ce soit au titre du traitement de questions individuelles ou de la constitution de sous-groupes après le stade de l'autorisation, ce motif ne vaut plus.

La troisième situation survient lorsque la demande pécuniaire en est une de dommages-intérêts destinée à l'indemnisation du préjudice, conséquent à une illégalité. Que les dommages soient, ou non, la conséquence d'une faute, cette situation implique la détermination de l'étendue du préjudice à l'endroit de chacun des membres, et on retourne ici à la problématique générale de la collectivisation des questions de fait et de droit relatives aux causes de dommages-intérêts extracontractuels. Dans un tel contexte, les chefs de dommages sont, en général, assez simplement homogénéisés et il est possible

québécoise; *Foucher c. Québec (Procureur général)* [1989] R.J.Q. 703 (C.S.). Le requérant a recherché, en vain, l'autorisation d'exercer un recours concluant au caractère inopérant de dispositions de la Loi sur les impôts, en raison du caractère discriminatoire de l'impôt exigé des contribuables mariés; ces derniers étant assujettis à un impôt supérieure à celui de personnes séparées ou divorcées astreints au paiement d'une pension alimentaire. *Tremblay c. Procureur général du Québec* (30 mars 1984), Roberval 155-06-000001-83 (C.S.) j. Harvey : préjudice subi par des exploitants agricoles suite à une décision relative à un mode de calcul d'une indemnisation à laquelle ils avaient droit en vertu d'un régime d'assurance-stabilisation des revenus agricoles.

62. *Deslauriers c. Ordre des ingénieurs du Québec* [1982] C.S. 550 conf. par [1986] R.D.J. 181(C.A.); *Brassard c. Université de Montréal* (3 novembre 1988), Montréal 500-06-000001-889 (C.S.) j. Michaud.

d'établir des modalités, qui permettent de déterminer l'étendue du préjudice, qui soient communes à l'ensemble des membres du groupe. Il s'agit sans doute d'une conséquence de l'égalitarisme qui caractérise les rapports de droit public.⁶³ L'appréciation individualisée de la nature et de l'étendue des dommages n'en demeure pas moins possible.

Les paramètres du régime d'autorisation de l'exercice d'un recours collectif au Québec apparaissent fixés au terme d'une évolution jurisprudentielle d'une vingtaine d'années. L'éventail presque complet de recours que l'on pouvait raisonnablement considérer comme susceptibles d'être véhiculés par le moyen du recours collectif nous semble avoir été soumis à l'appréciation des tribunaux.

Désormais, les praticiens peuvent lors de la formulation d'une demande en justice véhiculée par ce moyen de procédure, s'inspirer des modèles qui ont été développés par leurs prédécesseurs et disposer de balises jurisprudentielles claires.

63. *Guimond c. Québec (Procureur général)* [1995] R.J.Q. 380 (C.A.) inf. par [1996] 3 R.C.S. 347. Dans cette affaire, on recherchait une indemnité de 300\$ par jour de détention dont l'illégalité fut constatée à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi. L'autorisation accordée par la Cour d'appel fût refusée en Cour suprême au motif que le Législateur ne pouvait en principe être tenu à des dommages-intérêts à la suite de la déclaration d'inconstitutionnalité d'une loi.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : LE CADRE JURIDIQUE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS RELATIF AU DÉVELOPPEMENT PARALLÈLE DE SERVICES PRIVÉS DE SANTÉ ET L'ARTICLE 7 DE LA « CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS »

Auteur(s) : Marco LAVERDIÈRE

Revue : *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 117-220

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12711>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12711>

Page vide laissée intentionnellement.

**LE CADRE JURIDIQUE CANADIEN ET QUÉBÉCOIS
RELATIF AU DÉVELOPPEMENT PARALLÈLE
DE SERVICES PRIVÉS DE SANTÉ
ET L'ARTICLE 7 DE LA
CHARTRE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS**

par Marco LAVERDIÈRE*

Le système public de santé qui existe au Canada et au Québec a, sans conteste, été conçu afin de donner suite à une généreuse volonté d'éviter que des individus ne soient privés des services requis en raison de leur incapacité financière à en défrayer les coûts. Toutefois, le constat de l'érosion de ce système conduit à se poser les questions suivantes : Comment et pourquoi le cadre juridique actuel interdit-il de développer une offre parallèle de services privés aptes à répondre aux besoins et attentes des citoyens disposés à en assumer les coûts? Les gouvernements sont-ils autorisés à interdire de tels développements? Après avoir identifié les obstacles juridiques en cause, l'auteur tente de démontrer qu'ils peuvent, dans le contexte actuel, constituer une restriction à l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés, difficile à justifier en vertu de l'article premier.

The public-health system in Canada and Quebec was clearly designed to reflect an unselfish resolve to prevent individuals from being deprived of necessary services because they are unable to pay the costs. However, the acknowledged erosion of the system gives rise to the following questions : How and why does the current legal framework prohibit the development of a concurrent offer of private services capable of meeting the needs and expectations of citizens who are prepared to assume the costs? Are governments authorized to prohibit these developments? After identifying the relevant legal obstacles, the writer endeavours to show that they may, in the current context, constitute a limitation on section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms - one that is difficult to justify under section 1.

*. Avocat, il oeuvre au sein du système professionnel québécois. Il souhaite souligner la contribution appréciée de Mme Suzanne Philips-Nootens et de M. Pierre Blache, tous deux professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke. Ces derniers l'ont dirigé dans la rédaction de ce texte, lequel a d'abord été déposé à titre d'essai, à l'automne 1997, dans le cadre du programme de maîtrise en droit de la santé de l'Université de Sherbrooke.

SOMMAIRE

Introduction	121
1. Le cadre juridique actuel et le développement de services parallèles	126
1.1 Aperçu des enjeux sociopolitiques en présence	126
1.1.1 Les besoins individuels en matière de services et les limites de l'offre du système public	127
1.1.2 La raison d'être du monopole du système public : entre la promotion de l'égalité et celle de l'égalitarisme	132
1.2 Les obstacles au développement de services parallèles	142
1.2.1 Les interventions fédérales en matière de santé	143
1.2.1.1 «Un» système public ou «seulement» le système public : le flou interprétatif entourant la <i>Loi canadienne sur la santé</i>	143
1.2.1.2 Vers un raffermissement des normes nationales au profit du monopole du système public?	152
1.2.2 Les règles propres au système de santé québécois	158
1.2.2.1 Le développement parallèle de services institutionnels : une possibilité quasi insaisissable	158
1.2.2.2 Le développement parallèle de services visés par les régimes publics d'assurance : des mesures dissuasives et prohibitives	165
2. Les obstacles au développement de services parallèles et l'article 7 de la <i>Charte canadienne des droits et libertés</i>	170

2.1	La protection offerte aux individus par les droits édictés à l'article 7 de la Charte	170
2.1.1	Quelques considérations préliminaires concernant la protection offerte	171
2.1.1.1	Un État libre de définir lui-même l'étendue de ses responsabilités sociales	171
2.1.1.2	Au-delà des dogmes, la prise en considération des lacunes du système public	178
2.1.1.3	L'inapplicabilité des droits aux prestataires	180
2.1.2	Les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité . . .	182
2.1.2.1	La privation d'accès aux services et le droit à la vie et à la sécurité	182
2.1.2.2	La privation de choix des services et le droit à la liberté et à la sécurité	185
2.1.2.3	La perspective d'une privation d'accès ou de choix et le droit à la sécurité	192
2.2	Les exigences issues des principes de justice fondamentale	197
2.2.1	Les exigences procédurales : la participation du public à l'élaboration des politiques publiques . . .	197
2.2.2	Les exigences substantives : un contrôle respectueux des choix de l'État, similaire à celui de l'article premier	202
3.	Les obstacles au développement de services parallèles : une justification sous l'article premier?	205
3.1	Promotion de l'égalité ou de l'égalitarisme? Deux objectifs d'importance... inégale!	206
3.2	La recherche d'un lien rationnel : les limites de la réserve judiciaire face aux politiques incohérentes de l'État?	210
3.3	Le critère d'atteinte minimale : l'existence de moyens moins préjudiciables pour contrer les impacts néfastes d'une offre parallèle sur le système public	213

120 *Le cadre juridique canadien et québécois relatif au développement
parallèle de services privés de santé et (1998-99) 29 R.D.U.S.
l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés*

3.4 L'importance des effets des atteintes et celle de l'objectif
poursuivi : une ultime exigence de rigueur non
satisfaite 216

Conclusion 219

«C'est dans la mesure où le droit est appelé à réviser à l'intérieur de l'enveloppe budgétaire limitée par la capacité de payer, la distribution des services, que la politique est confrontée explicitement à formuler les principes de sa justice distributive dans le domaine. Dans le contexte de l'enveloppe budgétaire limitée et face à l'augmentation de la demande résultant des besoins de santé, il est difficile de ne pas percevoir un réaménagement de la demande sans y voir un recul face aux principes et surtout aux idéaux qu'ils présentaient. C'est ici que le problème éthique du rôle qu'a l'État d'assurer des choix de société devient incontournable.»¹

Introduction

La crise des finances publiques qui sévit au Canada et au Québec, comme dans bien d'autres pays industrialisés du reste, a conduit les gouvernements à reconsidérer l'ampleur des ressources qu'ils consacrent au domaine d'intervention sociosanitaire. Le fait est qu'il s'agit du domaine qui accapare la plus grande part des ressources étatiques.² C'est pourquoi ce dernier a retenu l'attention lorsqu'est venu le temps d'identifier les compressions budgétaires devant être effectuées afin de conjurer les déficits et, ultimement, l'endettement des gouvernements.³

-
1. G. A. Legault, «La responsabilité individuelle et la rareté des ressources en soins de santé» (1990) 20 *R.D.U.S.* 357 à la p. 366.
 2. Environ 31% en ce qui concerne le Québec, selon les données fournies pour l'année 1995 par le Ministère de la santé et des services sociaux [ci-après «M.S.S.S.»] dans Québec, Ministère de la santé et des services sociaux, Sommet sur l'économie et l'emploi. *La santé et les services sociaux : Enjeux et orientations d'un système en transformation*, Québec, Gouvernement du Québec, 1996 à la p. 3 [ci-après «Enjeux et orientations»].
 3. Entre l'année financière 1993-1994 et 1995-1996, le financement de l'ensemble des programmes de santé et de services sociaux a connu une baisse de 2,2% : Québec, M.S.S.S., Fiscalité et financement des services publics. Oser choisir ensemble : *Le coût et l'efficacité des services de santé et des services sociaux*, vol. 4, Québec, Publications du Québec, 1996 à la p. 31. Pour bien saisir l'ampleur de cette diminution, il faut la situer dans le contexte où les besoins tendent à augmenter considérablement, au gré de facteurs tels que le vieillissement de la population, l'apparition de nouveaux problèmes de santé et l'aggravation de ceux déjà existants : «Enjeux et orientations», *ibid.* aux pp. 9-12. Il faut également considérer, de manière particulière, les variations à la baisse de certains programmes traditionnellement importants, tel que celui sous la responsabilité de la Régie de l'assurance-maladie [ci-après «R.A.M.Q.»], lequel a connu une diminution de 6,5%.

Dans un certain nombre de cas, les compressions budgétaires imposées dans le domaine de la santé ont conduit à la privatisation de services, c'est-à-dire à des transferts, du secteur public vers le secteur privé, de responsabilités de prestation ou de financement des services.⁴

Par ailleurs, la réduction des ressources publiques consacrées aux services sociosanitaires n'occasionne pas toujours un transfert effectif de responsabilités vers le secteur privé. En effet, il arrive que l'État décide de garder à sa charge exclusive la responsabilité de certains services qui font par ailleurs l'objet d'une réduction de financement. Se présente alors, avec acuité, le problème d'une offre pouvant être quantitativement ou qualitativement insuffisante pour répondre à la demande.

L'ampleur du problème tire en partie ses origines du fait que le Canada et le Québec ne constituent pas une terre fertile pour le développement parallèle, c'est-à-dire en marge du système public, d'une autre offre de services initiée par le secteur privé, qui pourrait pallier les insuffisances du système public. En effet, les gouvernements canadien et québécois ont, à plusieurs reprises, et malgré les décisions qu'ils ont pu prendre en vue de réduire les ressources consacrées au système public, manifesté une ferme opposition à l'idée de voir se développer ce que plusieurs appellent un «système à deux vitesses»⁵. Cette

-
4. Selon la définition proposée par le Forum national sur la santé [ci-après «F.N.S.»] dans Forum national sur la santé, *Le financement public et privé du système de santé du Canada*, Ottawa, Le Forum, 1995 à la p. 18 [ci-après «Financement public et privé»].
 5. Voir notamment la position affichée par le gouvernement canadien au moment de l'adoption de la *Loi canadienne sur la santé* L.R.C. 1985, c. C-6 [ci-après «Loi canadienne» ou «L.C.S.»] dans Canada, Ministère de la santé et bien-être social canada, *Pour une assurance-santé universelle : La politique du Gouvernement du Canada*, Ottawa, Ministère des Approvisionnement et Services, 1983 aux pp. 18-30. Au Québec, voir la plus récente prise de position dans «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 45.

expression, utilisée régulièrement dans le discours public, s'est vu attribuer la signification suivante au cours des travaux du Forum national sur la santé⁶ :

«Le terme "vitesse" traduit une hiérarchie dans la façon pour les individus d'accéder aux services de santé. Dans un système à une seule vitesse, il n'y a qu'une seule façon d'obtenir des soins de santé - c.-à.-d. dans le cadre du système financé par l'État, et en fonction du besoin. Dans un système à deux vitesses, certains individus peuvent payer pour obtenir un accès prioritaire aux services de santé, peu importe leurs besoins, tandis que le reste de la population a recours au système public.»⁷

À la lumière de cette définition, il importe de comprendre qu'un «système à deux vitesses» n'est pas le synonyme ou l'équivalent d'un système ou d'une offre issue d'une privatisation. Une opération de privatisation occasionne un transfert effectif de responsabilités ou, dans certains cas, un simple retrait⁸ de l'État, faisant en sorte qu'il n'y a toujours, à son terme, qu'une seule offre disponible pour un service donné.⁹ Une telle opération n'occasionne donc pas

-
6. Le Forum national sur la santé a été créé en 1994 par le gouvernement fédéral en vue de «consulter la population, et de faire des recommandations [...] pour améliorer le système de santé et la santé de la population» : F.N.S., *La santé au Canada : un héritage à faire fructifier*. Rapport final du Forum national sur la santé, vol. 1, Ottawa, Le Forum, 1997 à la p. 7 [ci-après «un héritage à faire fructifier, vol. 1»].
 7. «Financement public et privé», *supra* note 4 à la p. 19. Pour comprendre la référence à la notion de «besoin» dans le cadre de la définition proposée, on peut inférer qu'elle signifie que dans un «système à une vitesse», les individus dont les problèmes de santé sont les plus importants sont desservis en priorité, alors que dans un «système à deux vitesses», des prestataires pourraient établir des priorités d'accès à leurs services uniquement en fonction de la capacité de payer des individus, sans tenir compte de l'ampleur des problèmes de santé que ces derniers éprouvent.
 8. Il s'agit là d'une forme subtile de transfert, tel que le souligne G. D. Marriott, «The Regional Health Authorities Act and the Privatization of Health Care in Alberta» (1992) 3 :3 *Health L. Rev.* 35 à la p. 39. Voir également la distinction effectuée entre les privatisations «by omission» et «by commission» par K. P. Feehan, «Access to Service : Threats and opportunities/The Role of the Private Sector in Alberta's new Health System» (1996) 16 *Health L. Can.* 17 aux pp. 21-22.
 9. Selon que le transfert est total ou partiel et selon qu'il vise à la fois les responsabilités de financement et de prestation, ou uniquement l'une de ces deux responsabilités, la qualification de l'unique offre alors disponible variera. Elle sera qualifiée de privée si l'État n'assume plus aucune responsabilité de financement. Dans ce cas toutefois, elle ne pourra être qualifiée d'offre parallèle, selon le sens accordé à cette expression dans le cadre de la

la coexistence d'offres de services semblables de par leurs finalités mais différentes de par leurs modalités d'accès et de prestation. Aussi, il importe de souligner que la privatisation résulte d'une initiative étatique et non pas d'une action autonome du secteur privé.

À titre d'exemple des implications d'une mesure de privatisation, il y a celui de la désassurance progressive de certains services dentaires et optométriques observée au Québec depuis 1982. Il s'agit là de services qui ont été retirés graduellement de la liste des services assurés dans le cadre du régime d'assurance-maladie¹⁰. Au terme de cette opération, les individus visés ne pouvaient choisir entre l'accès aux services publics de dentisterie ou d'optométrie et un accès prioritaire, à leurs frais, aux services privés. Aussi, la décision des dentistes et des optométristes de facturer dorénavant à ces individus les services rendus n'a été prise que parce que l'État a lui-même décidé de ne plus assurer leur financement.

C'est donc un concept bien différent de celui de la privatisation qui retiendra l'attention dans le cadre du présent essai. L'objet de la démarche consistera à comprendre les tenants et aboutissants de ce que l'on peut dès maintenant soupçonner être une forme de monopole exercé par le système public sur les services qu'il rend disponibles. Pour les fins de la discussion, les notions de «services publics» ou de «système public» renvoient à tous les services prévus dans le cadre d'un programme mis en place par l'État et pour lesquels ce dernier assume une responsabilité totale ou partielle de

présente étude, puisqu'il n'existe plus de services «homologues» au sein de l'offre publique. L'offre de services sera par ailleurs qualifiée de publique si l'État n'a fait que transférer une responsabilité de prestation ou s'il n'a fait que transférer une part de responsabilité de financement au secteur privé.

10. Il s'agit de la liste de services que l'on retrouve aux articles 34, 35 et 36 du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-maladie*, R.R.Q. 1981, c. A-29, r.1. Il semble que le processus de désassurance ne soit pas terminé, selon ce qu'a laissé entrevoir «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 34. Voir également ce que rapporte K. Gagnon, «Québec espère économiser 20 millions en désassurant des actes médicaux», *La Presse [de Montréal]* (3 avril 1997).

financement,¹¹ soit en assumant lui-même la prestation, soit en rémunérant des tiers à cette fin.¹² Les notions de «services parallèles», de «système parallèle» ou de «système à deux vitesses», renvoient quant à elles à la possibilité, pour un citoyen, d'assumer tous les coûts liés à un accès «supérieur»¹³ à un service offert par un prestataire privé, un service qui serait par ailleurs également disponible auprès du système public. Incidemment, ces dernières notions renvoient aussi à la possibilité pour des prestataires privés de prendre l'initiative de rendre disponibles de tels services et d'entrer ainsi, en quelque sorte, en compétition avec le système public.

La démarche proposée consiste d'abord à voir quels sont les enjeux sociopolitiques qui paraissent être soulevés en regard d'un contexte favorable au

-
11. Un exemple de responsabilité totale de financement serait celui des services médicaux couverts par le régime d'assurance-maladie, alors que le cas des services d'hébergement et de longue durée, pour lesquels les usagers assument une contribution financière, en serait un de responsabilité partielle. À noter que, dans le cadre de la présente étude, la tarification des services, qu'elle résulte de l'imposition d'un ticket modérateur ou d'une permissivité à l'égard de la surfacturation, n'est pas considérée comme un développement parallèle. La raison est que de telles mesures, si elles étaient permises, s'inscriraient carrément dans le cadre des modalités de financement des services du système public. Il ne s'agirait, en quelque sorte, que d'une opération de privatisation, c'est-à-dire d'un transfert, de l'État vers les consommateurs, de responsabilités liées à une partie du financement des services. Il n'y aurait donc pas, en tant que tel, coexistence d'offres de services similaires.
 12. Cette dernière précision s'impose afin de bien situer, par exemple, le cas des médecins oeuvrant en pratique privée. Bien qu'ici l'organisation prestatrice ait un caractère privé, c'est l'État qui assure le financement des services offerts par le biais du programme d'assurance-maladie. Dans le cadre du présent essai, ces services sont qualifiés de «publics». Il en est ainsi des services dont la responsabilité de prestation a été confiée au secteur privé, en sous-traitance ou par une quelconque forme de délégation. On peut penser ici aux services dits «auxiliaires» dont la responsabilité, au sein de plusieurs établissements, a été confiée à des entrepreneurs privés. Dans un autre registre, on peut également penser à certains services «directs» dorénavant dispensés par des organisations à caractère privé, tels les organismes communautaires et les établissements privés conventionnés : *infra*, partie 1.2.2.1. Dans tous ces cas, les «délégations» en cause n'ont eu pour effet que de soustraire des responsabilités de prestation des mains de l'État, sans lui enlever toutefois ses responsabilités de financement.
 13. Ici, le terme «supérieur» est utilisé à la place du terme «prioritaire» que l'on retrouve dans la définition du Forum national sur la santé. La raison est que le terme «prioritaire» occulte la possibilité que des individus puissent vouloir payer pour obtenir des services de meilleure qualité que ceux disponibles dans le système public et non pas seulement pour un accès plus rapide : voir ci-dessous partie 1.1.1.

monopole du système public. Ensuite, il s'agira de voir comment se transpose, dans le cadre juridique canadien et québécois régissant les modalités de prestation et de financement des services de santé, l'opposition aux développements parallèles issue des orientations gouvernementales.

Cela étant fait, c'est à l'aune des droits à la vie, à la liberté et à la sécurité garantis par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*,¹⁴ ainsi qu'en fonction des exigences pertinentes issues des principes de justice fondamentale, que les obstacles¹⁵ au développement ou à l'accès aux services parallèles seront évalués.

Enfin, il s'agira évidemment de déterminer en quoi les restrictions à l'article 7 susceptibles de résulter de ces obstacles peuvent ou non se justifier sous l'article premier de la Charte. Cette dernière démarche, qui conduit nécessairement à adopter une approche critique, devrait permettre de souligner le fait que le recours à diverses formes de contraintes législatives à l'égard des services parallèles n'est peut-être pas la voie à privilégier en vue d'assurer le maintien d'un système public adéquat et efficace.

1. Le cadre juridique actuel et le développement de services parallèles

1.1 Aperçu des enjeux sociopolitiques en présence

À plusieurs étapes du processus d'édification du système public sociosanitaire que l'on retrouve au Canada et au Québec, les gouvernements ont eu à décider s'il fallait qu'ils occupent seuls le terrain du financement et de la prestation de services ou qu'ils le partagent éventuellement avec d'autres joueurs provenant du secteur privé. Dans bien des cas, il semble qu'ils aient perçu ces autres joueurs comme étant menaçants pour la survie même du système public. Ils auraient aussi été attentifs à une valeur, partagée par bon nombre de citoyens, à l'effet que les règles du libre marché ne doivent pas recevoir application

14. Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11 [ci-après «Charte canadienne»].

15. Tout au long du présent texte, les termes «obstacles», «entraves», «limites» et «prohibitions» seront utilisés pour désigner les règles de droit en vertu desquelles le développement de services parallèles est rendu impossible ou difficilement réalisable.

lorsqu'il est question d'accès aux services de santé, en ce sens que la capacité de payer des individus ne doit pas déterminer leur capacité d'accéder à tel ou tel niveau quantitatif ou qualitatif de services.

Pourtant, il appert que ces mêmes citoyens ne privilégient pas inconditionnellement cette valeur, au détriment de préoccupations liées à la capacité réelle d'obtenir une réponse adéquate et satisfaisante à leurs besoins. Ce «bémol» est particulièrement vérifiable lorsque se manifestent, de diverses façons, les difficultés qu'éprouve le système public à maintenir une offre acceptable, non seulement sur la base de critères objectifs d'évaluation, mais également sur la base d'une appréciation subjective, soit celle des individus à qui sont destinés les services.

1.1.1 Les besoins individuels en matière de services et les limites de l'offre du système public

Parmi l'ensemble des règles qui gouvernent le système sociosanitaire québécois, il s'en trouve une, importante, qui prévoit que les individus ont droit à des «services de santé et des services sociaux adéquats sur les plans à la fois scientifique, humain et social, avec continuité et de façon personnalisée».¹⁶ Une autre, qui rivalise d'importance, est à l'effet que les individus ont le droit de choisir le prestataire organisationnel ou individuel duquel ils peuvent recevoir les services.¹⁷

Au-delà de cette rhétorique toutefois, il apparaît évident que les possibilités du système, déterminées par la quantité de ressources pouvant être consacrées au seul secteur de la santé, ne sont pas infinies. C'est ainsi que diverses mesures de rationnement de l'offre de services font partie intégrante de la mécanique du système.¹⁸

-
16. *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, L.R.Q. c. S-4.2, art. 5 [ciaprès «L.S.S.S.S.»].
17. *Ibid.*, art. 6. Voir également l'article 2 de la *Loi sur l'assurance-maladie*, L.R.Q. c. A-29 [ciaprès «L.A.-M.»].
18. Sur la qualité des services et le rationnement, voir Québec, M.S.S.S., *La qualité des soins et services : un cadre conceptuel*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993 à la p. 29 et s.

Le cadre juridique québécois semble faire preuve de réalisme à cet égard puisqu'il est à l'effet que le droit aux services et celui du libre choix s'exercent sous réserve de la définition législative et réglementaire du cadre organisationnel et fonctionnel de même que des ressources humaines, matérielles et financières disponibles.¹⁹

Voilà donc qu'est reconnu formellement le fait que l'offre du système public peut être limitée.

Les limites envisageables peuvent occasionner des insatisfactions relevant d'une difficulté ou d'une impossibilité d'accès aux services au moment même où ils sont requis.²⁰ De façon plus concrète ici, on pense évidemment aux nombreuses et souvent longues listes d'attente établies pour une multitude de services chirurgicaux et spécialisés.²¹

À noter que les services des médecins oeuvrant en pratique privée, mais dans le cadre du régime public d'assurance-maladie, n'échappent pas aux effets

-
19. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 13. Au sujet de l'impact de cette disposition quant à l'aspect quantitatif des services, voir *Poirier c. Hôpital du Haut-Richelieu*, [1982] C.S. 511. Pour l'aspect qualitatif, voir *C. c. Hôpital Q.*, [1983] C.S. 1064. Voir également ce qu'en disent les auteurs suivants : P. A. Molinari, «Le droit aux services de santé : de la rhétorique à la mise en oeuvre judiciaire», dans *Services de la formation permanente du Barreau du Québec, Développements récents en droit de la santé (1991)*, vol. 24, Cowansville, Yvon Blais, 1991, 73, à la p. 81 et s.; L. Lussier, «Le processus d'attribution des ressources par les établissements aux bénéficiaires : Impact sur le droit aux services et sur la responsabilité "publique"» (1990) 20 *R.D.U.S.* 285.
 20. Pour un aperçu détaillé des principales sources d'insatisfaction à l'égard des services, il peut être utile de référer aux rapports produits par les divers responsables de l'application du régime d'examen des plaintes prévu par les articles 29 à 76 de la L.S.S.S.S., *supra* note 16. Voir notamment celui de la Régie régionale de la santé et des services sociaux de Montréal-centre, *Rapport sur les plaintes des usagers, 1995-1996*, Montréal, 1996 aux pp. 12-14 : au nombre des «principaux motifs invoqués» par les plaignants, ceux faisant état d'«insuffisances», de «délais», de «rareté» reviennent souvent pour chacune des missions d'établissements.
 21. Pour des statistiques détaillées, par province et par type de service, voir le rapport annuel diffusé par le Fraser Institute, «Waiting Your Turn : Hospital Waiting Lists in Canada», *Critical Issues Bulletin*, 7e éd., site Internet du Fraser Institute <www.fraserinstitute.ca> 1997. Voir également cet article récent : A. Charest, «Engorgement des listes d'attente, 1000 patients en attente d'une chirurgie cardiaque» *L'actualité médicale*, 17 septembre 1997.

des limites des ressources. Bien que ces médecins soient en quelque sorte des entrepreneurs autonomes, libres de déterminer la quantité de services qu'ils rendent à la population, les modalités de rémunération négociées entre leurs associations représentatives et l'État peuvent avoir pour effet de les amener à réduire leurs activités.²²

Les limites peuvent également se manifester par l'altération qualitative des services. Il y a, bien sûr, les cas envisageables où les services ne répondent tout simplement pas aux standards de qualité impartis. Hormis ces cas, les altérations peuvent se présenter en termes de standardisation de l'offre, ce qui est tout aussi susceptible de générer des insatisfactions. Ainsi, tel service offert dans le système public, visant à répondre à tel problème de santé, peut être objectivement adéquat et satisfaire aux standards de qualité qui lui sont propres, mais ne pas correspondre à ce que peut raisonnablement et légitimement souhaiter un individu.

Dans un tel contexte, des citoyens peuvent souhaiter avoir un accès prioritaire à des services en vertu d'une offre autre que celle du système public.

22. À ce sujet, voir ce qui était souligné au moment de la réforme de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* au début des années quatre-vingt-dix : P. Desjardins et P. A. Molinari, «La négociation des ententes entre l'État et les professions médicales : des mécanismes déstabilisateurs» dans Fédération des médecins spécialistes du Québec, *Projet de loi 120 : La médecine ligotée*, 1991 à la p. 115. Voir également ce que rapportait récemment L. Lévesque, «Les omnipraticiens s'entendent avec Québec, 200 d'entre eux seront mis à la retraite» *Le Devoir [de Montréal]* (1er juin 1997) : «Le protocole d'entente [entre la Fédération des omnipraticiens du Québec et le gouvernement] prévoit [...] qu'un nombre maximal de cinquante examens par jour sera imposé aux omnipraticiens rémunérés à l'acte en cabinet privé, à compter du 1er juillet. Au delà de 50 examens, la rémunération du médecin sera réduite». Cette mesure, de même que celle de la mise à la retraite de plusieurs médecins, aurait fait dire au président de la Fédération, le Dr Reynald Dutil, que «les mesures négociées avec le gouvernement auront pour effet de réduire l'accessibilité aux soins pour le public». Il est ainsi envisageable que plusieurs médecins ne voudront pas dépasser le seuil de 50 examens par jour, puisque la pratique deviendrait alors moins intéressante financièrement, voire même non rentable. On peut envisager que ce pourrait ne pas être le cas si les médecins avaient la possibilité, au-delà de ce seuil, d'offrir des services à titre de professionnel non participant et d'ainsi pouvoir s'assurer une pratique rentable sur la base des honoraires qu'ils exigeraient de patients disposés à les assumer : *infra*, partie 1.2.2.2.

Ils peuvent également chercher à obtenir des services qui correspondent davantage à leurs aspirations personnelles.

C'est ainsi qu'il est possible d'identifier certaines situations favorables au développement de services parallèles dans l'histoire récente du système sociosanitaire québécois.

À titre d'exemple, considérons l'apparition, au cours des dernières années, de ressources «clandestines» d'hébergement pour les personnes âgées, en réaction à un manque de places au sein du réseau d'établissements publics et privés autorisés à offrir des services de longue durée. Ainsi, des promoteurs ont spontanément décidé d'offrir ces services et ce, souvent en contrevenant au cadre juridique qui vise à assurer un contrôle assez étroit de ce type d'activités²³.

Cet exemple illustre le fait qu'une offre parallèle qui se développe en réaction à une insuffisance des services publics n'est pas nécessairement qualitativement «supérieure». La médiocrité des services offerts par un certain nombre de ressources d'hébergement sans permis a, à maintes occasions, fait l'objet de dénonciations.²⁴ Il faut alors se demander si ce n'est pas l'inaction de

23. Pour un état de situation concernant ces ressources, voir le rapport du Comité sur les abus envers les personnes âgées, *Vieillir... en toute liberté, Rapport du Comité sur les abus exercés à l'endroit des personnes âgées*, Québec, M.S.S.S., 1989 aux pp. 39-46 [ci-après «C.A.P.A.»].

24. *Ibid.* aux pp. 43-45. Pour un portrait plus récent de la situation, il faut cependant considérer les résultats d'une étude réalisée par le Centre de recherche en gérontologie et gériatrie, *La qualité des soins dispensés aux personnes âgées en perte d'autonomie par les ressources d'hébergement avec et sans permis ministériel*, Sherbrooke, Institut universitaire de gériatrie, 1997 à la p. 47 : où on révèle que, de manière générale, les résidences sans permis parviennent à offrir des services de qualité comparable à ceux offerts par les établissements publics.

l'État,²⁵ découlant d'une attitude de tolérance suspicieuse,²⁶ qui pourrait être à l'origine des lacunes observées. De fait, les activités des ressources en question étant confinées à l'illégalité parce que réalisées sans le permis requis,²⁷ il est difficile d'assurer qu'elles répondent aux normes de qualité établies. Dans bien des cas donc, le seul attrait exercé par ces ressources découle uniquement du fait qu'elles sont rapidement accessibles aux personnes en perte d'autonomie alors que les «places publiques» autorisées ne le sont pas.

Un autre exemple de développement parallèle, pouvant cette fois-ci être associé à la non-conformité des services publics avec les attentes ou aspirations individuelles, est celui de l'apparition de centres privés de convalescence en réaction au désormais célèbre «virage ambulatoire». Ce virage, qu'il est difficile de définir précisément, peut être compris comme une opération visant un abrégement du séjour hospitalier et, en contrepartie, une intensification des soins donnés sur une base externe, par une multitude d'intervenants.²⁸

Une telle modification du cadre de prestation des services hospitaliers n'est pas sans bouleverser les habitudes de bon nombre de citoyens qui préféreraient avoir accès à la prise en charge assurée jadis, lors d'une convalescence. Ce constat a ainsi amené des promoteurs privés à offrir cette prise en charge en rendant disponibles des services de convalescence conventionnels, lesquels sont dorénavant difficiles à obtenir auprès du système

-
25. Voir le plan d'action envisagé pour «éviter la présence de foyers dits «clandestins» : M.S.S.S., *Une réforme axée sur le citoyen*, Québec, Gouvernement du Québec, 1990 aux pp. 24-27 [ci-après «Réforme axée vers le citoyen»]. Il semble cependant que ce plan n'ait pas eu de suites satisfaisantes, selon ce que rapporte Québec, Bureau du vérificateur général, *Rapport du vérificateur général à l'Assemblée nationale du Québec pour l'année 1993-1994*, Québec, 1994 aux pp. 191-192 [ci-après «V.G.Q.»]. Ainsi, les pouvoirs ministériels prévus pour contrer ces activités illégales (*infra*, partie 1.2.2.1) ne sont utilisés que dans de très rares cas.
26. «C.A.P.A.», *supra* note 23 aux pp. 45-46.
27. Voir ci-dessous partie 1.2.2.1.
28. Selon la définition proposée par J.-P. Ménard, *Les impacts juridiques du virage ambulatoire sur les droits des usagers et la responsabilité des établissements*, Université de Montréal, Faculté de médecine, Faculté de l'éducation permanente, 1996 aux pp. 2-6. Voir également celle proposée par le M.S.S.S. dans «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 25.

public.²⁹ La réaction³⁰ des autorités publiques a consisté à marginaliser ces initiatives en insistant sur leur portée nécessairement restreinte compte tenu du cadre juridique qui tend à assurer au secteur public un monopole sur les activités hospitalières.³¹

La référence à ces quelques exemples n'a pas pour prétention de constituer un état de situation exhaustif des développements effectifs ou appréhendés de services parallèles.³² Elle illustre cependant le fait qu'une demande latente ou active, pour une autre offre de services, a tôt fait d'apparaître dès lors que les limites du système public ne lui permettent plus de répondre raisonnablement aux attentes et besoins individuels.³³

29. Voir ce qui est rapporté dans les articles de presse suivants : G. Hamilton, «Recovery and room service, Doctor to run post-operative convalescence centre in hotel» *La Gazette [de Montréal]* (4 août 1995); C. Hébert, «Création d'un centre de convalescence en milieu hôtelier» *La Presse [de Montréal]* (5 août 1995); K. Gagnon, «Les centres de convalescence : des usines de soins au noir...» *La Presse [de Montréal]* (10 août 1995); I. Paré, «Un "hôtel-hôpital" privé à Laval, Le SCFP craint l'émergence d'une "médecine à deux vitesses"» *Le Devoir [de Montréal]* (16 août 1995); «L'hôtel-hôpital ouvre ses portes» *Le Devoir [de Montréal]* (23 avril 1997); M.-F. Léger, «Les maisons de convalescence ne remplaceront jamais les hôpitaux» *La Presse [de Montréal]* (19 août 1995); M. Coudé-Lord, «Les maisons de convalescence, une réponse au virage ambulatoire», *Le journal de Montréal* (19 novembre 1996); «La convalescence à l'hôtel à 260 \$ par jour», *Le journal de Montréal* (23 avril 1997).

30. Voir les propos du ministre québécois de la Santé et des services Sociaux selon lesquels ces ressources «ne remplaceront jamais les hôpitaux» à moins d'obtenir le permis requis : Léger, *ibid.*

31. Voir ci-dessous partie 1.2.2.1.

32. Outre les services d'hébergement et de convalescence déjà mentionnés, il semble qu'il faille considérer que «la plupart [des] services parallèles financés par des sources privées s'inscrivent dans deux catégories : l'accès à la haute technologie, et les interventions chirurgicales à haut volume et à court séjour» : «Financement public et privé», *supra* note 4 à la p. 13. On pense ainsi aux services de dépistage génétique, de dépistage prénatal, de scanographie, d'ultrasonographie ainsi qu'aux services d'analyse offerts par plusieurs laboratoires privés. À titre d'exemple récent, voir ce qui est rapporté par M. Coudé-Lord, «Services privés de résonnance magnétique à Laval, Des patients tannés d'attendre dans les hôpitaux sont prêts à payer 500\$ pour un examen!» *Le journal de Montréal* (23 janvier 1997).

33. Voir ce qu'en dit Marriott, *supra* note 8 aux pp. 41-43.

1.1.2 La raison d'être du monopole du système public : entre la promotion de l'égalité et celle de l'égalitarisme

Il est facile d'identifier et de comprendre l'objectif poursuivi par l'instauration d'un système public de santé comme celui qui existe au Canada et au Québec. On peut aisément concevoir qu'une telle mesure a pour but d'assurer à chaque citoyen, indépendamment de sa capacité de payer, l'accès aux services sociosanitaires qu'il requiert. Ce fut là la principale motivation des architectes du système public. Elle se retrouve d'ailleurs formulée en toutes lettres dans les rapports des grandes commissions d'enquête qui ont eu à poser les bases du système que l'on connaît actuellement.³⁴

Il est cependant moins évident de situer la raison d'être des obstacles institués pour contrer le développement de services parallèles. Pourquoi la poursuite du noble objectif de mise sur pied et du maintien d'un système public, permettant d'assurer que tous, sans exception, puissent avoir accès aux services de santé, exige-t-elle que l'on restreigne la marge de manoeuvre autonome du secteur privé?

Dans un premier temps, il pourrait être soutenu que, dans l'esprit de ceux qui ont proposé les modalités qui régissent le système public, la question de la contrainte à l'égard des initiatives parallèles n'apparaissait pas devoir poser problème. De fait, ils semblaient considérer que la liberté³⁵ accordée aux

34. Voir ce qui ressort des travaux de : Canada, Commission royale d'enquête sur les services de santé, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 1, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p. 12 [ci-après «Commission Hall, vol. 1»]. Au Québec, l'adhésion des «architectes» du système public à ce principe de l'universalité et de l'accessibilité s'est manifestée à plusieurs reprises, notamment au moment des travaux de la Commission Castonguay-Nepveu, voir *infra* note 37 et de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux, *Rapport de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services sociaux*, Québec, Les Publications du Québec, 1988 aux pp. 452-453 [ci-après «Commission Rochon»].

35. Voir l'article 6 L.S.S.S.S., *supra* note 16 qui se lit comme suit : «Toute personne a le droit de choisir le professionnel ou l'établissement duquel elle désire recevoir des services de santé ou des services sociaux. Rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a un professionnel d'accepter ou non de traiter une personne». L'article 6 de l'ancienne Loi (maintenant devenue la *Loi sur les services de santé et les services sociaux pour les autochtones cris*, L.R.Q., c. S-5), était au même effet et s'appliquait dès la mise sur pied du système en 1971.

consommateurs et aux producteurs de services à l'intérieur même d'un système public jouissant d'un large appui au sein de la population, écarterait les velléités de développements en marge de ce système. C'est ce qui ressort des conclusions des travaux de la Commission royale d'enquête sur les services de santé, lesquelles ont grandement influencé les politiques du gouvernement fédéral à partir du milieu des années soixante :

«En ce qui concerne la question de la participation obligatoire, nous croyons que, tant que les décisions de cette nature émaneront de législatures démocratiquement élues, et tant qu'elles assureront seulement l'essentiel (par exemple, les soins hospitaliers de salle commune), et permettront aux citoyens de choisir librement hôpital et médecin et d'opter librement pour d'autres avantages qu'ils pourront s'assurer par des dispositions d'ordre privé, nous pouvons avoir confiance que nos idéaux démocratiques seront non seulement protégés, mais aussi pleinement réalisés.»³⁶

S'il était alors prévu qu'il fallait reconnaître la possibilité pour des médecins de pratiquer à l'extérieur du régime et, corollairement, celle des patients de recourir aux services ainsi offerts à leurs frais, il semble que c'était dans une perspective très limitée et uniquement par souci de respecter le principe de la liberté professionnelle.³⁷

Certains pourraient cependant soutenir que l'instauration de ces entraves découlait uniquement d'une méfiance profonde à l'égard des activités privées en matière de prestation de services de santé. C'est ce que pouvaient laisser croire

Voir également l'article 2 L.A.-M., *supra* note 17 adopté en 1970, soit au moment où le régime d'assurance-maladie a été implanté. Cet article prévoit que «sous réserve de toute autre disposition législative applicable, rien dans la présente loi ne limite la liberté qu'a une personne qui réside au Québec de choisir le professionnel de la santé par lequel elle désire être traitée ou celle qu'a un tel professionnel d'accepter ou non de traiter une telle personne».

36. «Commission Hall, vol. 1», *supra* note 34 à la p. 747.

37. Commission Hall, *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur les services de santé*, vol. 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1964 à la p. 11 [ci-après «Commission Hall, vol. 2»]; Commission Castonguay-Nepveu, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social : L'assurance-maladie*, vol. 1, Québec, Gouvernement du Québec, 1967 à la p. 150 et s.

les termes non équivoques d'une analyse effectuée par la Commission Castonguay-Nepveu vers la fin des années soixante :

«Tout en reconnaissant les services qu'il a rendus et qu'il rend encore, force nous est de constater que le secteur à but lucratif procède d'une motivation et poursuit des objectifs qui ne sont pas compatibles avec les principes fondamentaux sur lesquels doit s'édifier le régime que nous avons proposé pour la santé et les services sociaux.

[...]

Nous ne prétendons pas que les personnes qui se sont engagées dans le secteur de l'hospitalisation ou de l'hébergement à but lucratif ont toutes, sans exception, recherché uniquement les avantages pécuniaires qu'elles allaient en retirer. Ce que nous croyons, c'est que les services d'hospitalisation et d'hébergement - qui sont le produit d'une activité ayant essentiellement pour but de satisfaire des besoins humains - doivent être rémunérés à leur juste valeur, mais sans ouvrir la porte à l'exploitation de l'homme par l'homme.»³⁸

Par ailleurs, pour identifier une argumentation plus substantielle, il semble qu'il faille plutôt référer à la nécessité d'assurer un contrôle sur les ressources globales consacrées aux services de santé, de manière à ce que l'État bénéficie d'une marge de manoeuvre fiscale lui permettant d'intervenir sur d'autres secteurs névralgiques pour la santé publique, comme l'éducation et l'emploi.³⁹ De l'avis d'un bon nombre d'experts, avis auquel semblent adhérer

38. Commission Castonguay-Nepveu, *Rapport de la Commission d'enquête sur la santé et le bien-être social : Les établissements à but lucratif*, vol. 7, t. 2, Québec, Gouvernement du Québec, 1967 aux pp. 43-44.

39. Voir ce qui ressort des documents suivants : F.N.S., «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur l'atteinte d'un équilibre» [ci-après «Atteinte d'un équilibre»], dans F.N.S., *La santé au Canada : un héritage à faire fructifier*. Rapports de synthèse et documents de référence, vol. 2, Ottawa, Le Forum, 1997 à la p. 15 et s. [ci-après «un héritage à faire fructifier»]; Conseil de la santé et du bien-être, *Un juste prix pour les services de santé : avis du ministre de la Santé et des services sociaux*, Québec, Gouvernement du Québec, 1995 à la p. 39 [ci-après «C.S.B.E.»]. Voir aussi ce que constatait la «Commission Rochon», *supra* note 34 à la p. 319 : «Dans le domaine de la santé, au Québec comme ailleurs au Canada, le monopole de l'assurance-santé aurait facilité le contrôle des coûts». Aussi, pour voir comment peut se présenter une politique visant l'amélioration du niveau de santé d'une

les politiques gouvernementales actuelles,⁴⁰ un système à payeur unique offre les meilleures garanties de contrôle des coûts globaux assumés par une population pour l'obtention de services de santé. Ainsi, selon l'Organisation pour la coopération et le développement économique :

«Le budget global et autres moyens entrepris pour limiter les dépenses peuvent être les conditions nécessaires pour avoir une maîtrise durable sur les dépenses, mais elles ne sont pas suffisantes [...] Un mode unique de financement tel qu'il existe dans les systèmes publics financés par l'impôt, est une condition nécessaire pour maîtriser les dépenses de santé.»⁴¹

C'est un peu dans cette perspective de concentration optimale des ressources que se situe l'argumentation habituellement soumise par ceux qui se réclament de la protection des «grands principes de notre système de santé» et qui, dès lors, s'opposent d'emblée à l'émergence de services parallèles.⁴² Leur opposition fait notamment état du risque de voir les meilleurs prestataires «quitter le navire», c'est-à-dire délaisser la pratique au sein du système public afin d'aller sous les cieux plus cléments et invitants du système parallèle. Du même souffle, ils évoquent l'éventualité d'une «désolidarisation fiscale». Par là, il est suggéré que les contribuables pouvant se payer les services qu'ils

population par des investissements multisectoriels, voir le document suivant : M.S.S.S., *La politique de la santé et du bien-être*, Québec, Gouvernement du Québec, 1992.

40. Ainsi, les «choix fondamentaux» récemment énoncés par le M.S.S.S. sont à l'effet qu'il faut «maintenir le principe de la régulation publique de notre système si l'on veut assurer une meilleure cohérence et une meilleure efficacité, dans la poursuite des objectifs de santé et de bien-être, ainsi qu'un meilleur contrôle des coûts» : «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 45.

41. Organisation de coopération et de développement économiques, *La réforme des systèmes de santé : Analyse comparée de Sept Pays de l'OCDE*, Paris, O.C.D.E., 1992 à la p. 151 [ci-après «O.C.D.E.】.

42. Pour une revue des appréhensions à l'égard des services parallèles, voir les réponses données à une question posée dans le cadre des travaux du Forum national sur la santé : «Quand l'existence de services parallèles financés par des sources privées affecte-t-elle l'intégrité de l'assurance-maladie?». «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 12-14. Voir également l'argumentation qu'anticipe le Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien, *Un droit à la santé? Réflexions en vue d'une réforme canadienne*, Ottawa, Association du Barreau canadien, 1994 à la p. 97 [ci-après «G.T.S..S.A.B.C.】.

requièrent auprès du système parallèle, remettraient tôt ou tard en question leur participation fiscale destinée au financement du système public puisqu'ils en arriveraient à considérer qu'elle ne leur profite pas.

Donc, si l'on omet les manifestations de répugnance idéologique à l'égard du rôle que le secteur privé peut jouer dans le secteur de la santé, les arguments proposés sont à l'effet que le contingentement des initiatives privées est nécessaire pour la sauvegarde de la capacité de l'État de maintenir le système public qu'il a mis en place et d'intervenir efficacement dans certains secteurs non spécifiquement liés à la santé, mais néanmoins importants pour le bien-être de la population.

Au-delà de cette justification technique reposant sur des considérations liées à la gestion et au contrôle des ressources, s'en trouve une autre qui paraît avoir pour source un «schème de valeurs» existant au Canada et au Québec. Ainsi, une recherche⁴³ sur les valeurs de la population canadienne concernant les services de santé a permis au Forum national sur la santé de constater que :

«L'égalité d'accès est l'une des valeurs les plus importantes qui ont été évoquées systématiquement. Les Canadiens et les Canadiennes devraient avoir un accès égal à la santé et au bien-être ainsi qu'à des services de santé répondant à leurs besoins.

[...]

De nombreux participants n'ont pas hésité à reconnaître que leur engagement en faveur de l'égalitarisme se limitait aux soins de santé. Ainsi, ils ne se formalisent pas du fossé qui existe entre classes sociales dans d'autres domaines. En fait, ils n'ont aucune difficulté à faire cette distinction, car ils considèrent que les soins de santé ne sont en rien comparables avec le logement, l'automobile ou les vacances.

[...]

43. Associés de recherche Ekos inc. et Earncliffe Research and Communications, *Recherche sur les valeurs de la population relativement à la santé et au système de soins de santé*, Ottawa, Le Forum national sur la santé, 1997.

La plupart des gens acceptent très bien que des revenus plus élevés engendrent un style de vie différent. Par contre, l'idée qu'une personne malade ne reçoive pas le même traitement qu'une autre en raison de son revenu leur est intolérable.»⁴⁴

Ce qui est ici présenté comme étant une valeur «d'égalité» pourrait, pour les fins de la présente discussion, être traduit en termes de valeur «égalitariste».⁴⁵

Dans une perspective sociologique et politique, l'égalité peut renvoyer à un principe voulant que les citoyens défavorisés, à un quelconque titre, aient la possibilité de jouir d'avantages comparables à ceux dont bénéficient les citoyens favorisés.⁴⁶ La poursuite d'un objectif d'égalité implique donc, en quelque sorte, de réduire l'écart entre différents individus ou différents groupes, en faisant en sorte qu'ils soient admissibles à des bénéfices comparables. De toute évidence, c'est précisément cet objectif qui a prévalu lors de la mise en place de mesures de démocratisation de l'accès à l'éducation et à l'aide juridique. Ces mesures ne visaient pas, par ailleurs, à limiter l'accès à des services potentiellement ou présumément «supérieurs», tels ceux offerts par les établissements d'enseignement privés et ceux des «grands et prestigieux cabinets juridiques».

L'égalitarisme, pour sa part, relèverait d'une «doctrine selon laquelle tous les hommes doivent être mis sur un pied d'absolue égalité, du point de vue civil ou juridique, politique, social et économique [...]».⁴⁷ Dans cette perspective, l'objectif poursuivi vise à annihiler l'écart entre les défavorisés et les favorisés,

44. F.N.S., «Rapport de synthèse du Groupe de travail sur les valeurs» [ci-après «Rapport sur les valeurs»] dans «un héritage à faire fructifier», vol 2», *supra* note 39 aux pp. 6-11.

45. L'auteur du présent texte n'a pas la prétention de proposer des définitions exhaustives, qui rendent rigoureusement compte de toutes les nuances possibles à l'égard de notions aussi vastes et complexes que celles de l'égalité et de l'égalitarisme. L'objectif est plutôt de présenter, de façon très schématique, une certaine distinction qui peut s'avérer importante pour les suites de la démarche entreprise. Pour des développements beaucoup plus substantiels, voir notamment W. B. Griffith, «Equality and Egalitarianism : Framing the Contemporary Debate» (1994) VII-1 *C.J.L.J.* 5.

46. Voir les définitions données par L.-M. Morfaux, *Vocabulaire de la philosophie et des sciences humaines*, Paris, Armand Colin, 1980 à la p. 96.

47. *Ibid.*

de manière telle que tous ne peuvent avoir accès qu'aux mêmes bénéfices, selon les mêmes modalités.

Manifestement, c'est une valeur «sociétale» égalitariste, et non pas d'égalité, qui prévaut au sein de la population quant aux questions qui touchent aux services de santé, du moins si l'on en juge par la proposition faite par le Forum quant au maintien d'une seule offre de services, soit l'offre publique. La proposition en question a été faite sur la base des considérations suivantes :

«On peut voir dans le débat sur le système de santé à deux vitesses un affrontement entre les valeurs individuelles et collectives. Nous avons constaté que la plupart des gens se sentent libres d'accorder la priorité aux valeurs collectives étant donné que la qualité et le choix semblent aller de soi. Les opposants à l'introduction d'un système à deux vitesses utilisent l'argument voulant que les valeurs fondamentales d'égalité et d'équité en souffriront, peu importe comment seront dirigées et réglementées les cliniques privées, et en dépit des garanties qui pourraient être données sur la sauvegarde et la prédominance du système public.

Les gens ne choisissent donc pas entre des valeurs concurrentes; ils situent plutôt les valeurs collectives au-dessus des attentes de base en matière de services. Les valeurs collectives ne s'en trouvent pas amoindries pour autant : elles sont puissantes et, comme on ne les trouve pas dans tous les pays, ou dans toutes les sociétés, la priorité qui leur est accordée renvoie à un système de valeurs canadien. Par ailleurs, la population est consciente qu'un système largement privé comme celui des États-Unis pourrait offrir des soins de qualité supérieure ou une liberté de choix accrue, du moins à certains citoyens. Pourtant, il est indéniable qu'elle soit prête à sacrifier une partie de ces avantages au profit d'un système universel assurant l'égalité d'accès.»⁴⁸

Une réflexion semblable avait aussi trouvé sa place au Québec, lors des travaux de la Commission d'enquête sur les services de santé et les services

48. «Rapport sur les valeurs» *supra* note 44 à la p. 13.

sociaux au milieu des années quatre-vingt. Ainsi les commissaires se disaient d'avis que :

«L'universalité et la gratuité des services sociaux et des services de santé sont les acquis majeurs des deux dernières décennies. N'oublions pas qu'il y a quelque trente ans, les gens pouvaient littéralement être ruinés financièrement par la maladie [...] En pratique, seuls les riches pouvaient se prémunir contre les risques financiers associés à la maladie alors que les très pauvres étaient protégés par la *Loi de l'assistance publique*. Quant aux classes moyennes, elles étaient laissées à elles-mêmes, ce qui en a conduit plusieurs à la ruine financière. Aujourd'hui, les services sont accessibles à tous, sans distinction de revenu, d'âge, de race ou de lieu de résidence : 100% des résidents québécois sont couverts par le régime public. Il est maintenant illégal qu'une médecine se développe pour les riches et une autre pour les pauvres.

Ce régime a permis à ceux qui, dans le passé, avaient difficilement accès aux services médicaux d'y accéder pour les problèmes nécessitant une surveillance médicale. Contrairement à la situation qui prévalait il y a 20 ans, il y a peu ou pas de différences entre les couches sociales quant au recours aux services de santé curatifs.

[...]

De l'avis de la Commission, cet acquis doit être préservé et le système doit continuer à évoluer dans le sens d'une plus grande impartialité dans l'évaluation des besoins et d'une plus grande équité dans l'accès aux ressources...»⁴⁹

49. «Commission Rochon» *supra* note 34 aux pp. 399-400. Ici, il semble que le terme universalité soit utilisé de manière particulière, en ce qu'il désigne non seulement l'aspect du régime public en vertu duquel tous les citoyens peuvent bénéficier de la couverture offerte, mais également le principe d'égalité quant à l'accès aux services.

Sur la base de cet avis, la Commission Rochon en est venue à proposer que :

«Si une sélection doit être effectuée [pour l'accès aux soins], elle doit s'appuyer sur des critères objectifs, donc surtout sur les chances réelles de guérison, plutôt que sur la capacité de payer du patient ou sur d'autres caractéristiques personnelles. Seul un système public fort peut garantir un accès équitable aux services de santé et aux services sociaux, même lorsque ceux-ci doivent être rationnés.»⁵⁰

Sans contredit donc, il y aurait une valeur égalitariste qui pourrait être identifiée comme justification aux entraves posées au développement de services parallèles. Tel que le révèlent les avis ci-avant rapportés, cette valeur repose sur une conviction voulant que le libre marché en matière de santé créerait des disparités importantes quant à la qualité des services accessibles aux différentes «couches sociales». Mais elle semble aussi présupposer que, malgré les avaries budgétaires, le système public a réussi et peut encore réussir à atteindre un niveau de performance et de qualité acceptables. Il semble que ce soit cette appréciation des choses qui, en grande partie, fait prédominer la valeur égalitariste. C'est du moins ce qui ressort d'un autre constat effectué par le Forum national sur la santé :

«Si les participants étaient certains (et le "si" revêt ici une grande importance) que les pouvoirs publics ne peuvent se permettre de garder le système dans sa forme actuelle, ils hésiteraient moins à proposer d'injecter de nouveaux fonds dans le système pour en préserver la qualité. Par exemple, certains sont prêts à accepter un ticket modérateur pour les consultations au cabinet du médecin ou à l'hôpital. D'autres pensent que les cliniques privées pourraient servir à augmenter le financement du système. Toutefois, la plupart ont déclaré ne pas souhaiter en arriver là.»⁵¹

50. *Ibid.* aux pp. 489-490.

51. «Rapport sur les valeurs», *surpa* note 44 à la p. 13. À la même page, voir les résultats impressionnants obtenus pour une question posée dans le cadre d'un sondage réalisé pour le compte du Forum. À la question «lequel des aspects suivants des soins de santé vous semble le plus important?», 42% des répondants ont choisi la réponse «qualité des soins de santé», 39% celle de l'«égalité d'accès aux soins pour tous les Canadiens et Canadiennes», seulement 13% la «santé de la population canadienne» et 5% le «coût du système de santé».

En somme, les limites au développement de services parallèles pourraient se justifier, d'une part, sur la base d'une préoccupation de sauvegarde du système public et, d'autre part, en regard d'un choix de société privilégiant l'égalitarisme dans l'accès aux services, choix qui implique que chaque citoyen ne peut avoir accès qu'à une seule offre de services, celle d'un système public qui présente des garanties suffisantes de performance.

La question du choix entre un système de santé à une, deux ou même plusieurs vitesses, en est une autre qui tend à faire ressortir les contradictions entre les valeurs collectives et individuelles. Ainsi, l'adhésion collective des Canadiens et Québécois aux grands et généreux idéaux d'égalité en matière d'accès aux services de santé semble être demeurée très ferme malgré le constat des difficultés qu'il y a à les soutenir, c'est-à-dire, ici, les difficultés qu'éprouve l'État à assurer une offre de services de santé satisfaisante pour tous. Cependant, ce même constat, lorsque considéré par un individu devant trouver une réponse à un problème de santé qui l'affecte, est hautement susceptible de le conduire à faire primer ses préoccupations personnelles sur les valeurs collectives auxquelles il adhère, en ce sens qu'il peut souvent l'amener à souhaiter pouvoir accéder à une offre de services «supérieurs», à l'extérieur du système public.

Cela étant, il importe à ce stade-ci de voir comment le législateur a envisagé, au sein du cadre juridique dans lequel s'inscrit le système de santé canadien et québécois, la coexistence de ces deux sphères de valeurs. Sachant, compte tenu des positions précédemment rapportées, que ce cadre juridique se veut favorable à la prédominance d'un système public égalitaire, l'exercice aura pour principal objectif d'identifier les obstacles limitant les possibilités individuelles d'accès à une offre parallèle de services. Ce n'est qu'après cette étape que pourra être appréciée la validité des solutions législatives retenues à la lumière de ce que prévoit l'article 7 de la Charte.

1.2 Les obstacles au développement de services parallèles

La décision d'assurer une forme de «chasse-gardée» au système public ne s'est pas concrétisée en un seul lieu et en un seul temps au sein du cadre

juridique. Au fur et à mesure que les pourtours de l'organisation du système ont été dessinés et que les modalités de financement ont été arrêtées, les gouvernements fédéral et provincial ont érigé diverses formes de barrières, plus ou moins hautes selon le cas, en guise de protection contre la «menace» du secteur privé. Encore aujourd'hui, la forme de ces barrières, leur hauteur et leur nombre, ne semblent pas définitivement fixés puisqu'il appert que des mesures de «fortification» encore plus importantes sont régulièrement envisagées.

1.2.1 Les interventions fédérales en matière de santé

Bien que, du point de vue constitutionnel, le gouvernement fédéral ne soit pas le principal maître d'oeuvre en matière de santé, ses interventions ont influencé grandement le développement du système public de santé que l'on connaît actuellement. Si on ne peut affirmer avec certitude que l'adoption de la *Loi canadienne sur la santé*⁵² a eu pour effet d'assurer un monopole à ce système, on peut toutefois envisager qu'une telle idée n'est pas exclue du paysage politique, ni n'échappe à la capacité d'intervention du gouvernement fédéral.

1.2.1.1 «Un» système public ou «seulement» le système public : le flou interprétatif entourant la *Loi canadienne sur la santé*

Sur la base de dispositions constitutionnelles plutôt imprécises et à la suite de développements jurisprudentiels quelque peu tourmentés,⁵³ un consensus semble s'être construit à l'effet que, dans le cadre du régime fédéral canadien, les provinces ont la compétence générale en matière de santé.⁵⁴

52. *Supra* note 5.

53. Pour une revue de ces développements, voir A. Lajoie, P. A. Molinari et J.-M. Auby, *Traité de droit de la santé et des services sociaux*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 1981 à la p. 36 et s. [ci-après «Traité de droit de la santé»]. Le contenu de ces pages est extrait de l'article rédigé par A. Lajoie et P. A. Molinari, «Partage constitutionnel des compétences en matière de santé au Canada» (1978) *R. du B. can.* 580.

54. Ce consensus semble fragile si l'on considère les propos du juge Estey dans l'affaire *Schneider c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 112 à la p. 142 [ci-après «Schneider»] : «La "santé" n'est pas l'objet d'une attribution constitutionnelle spécifique, mais constitue plutôt un sujet indéterminé que les lois fédérales ou provinciales valides peuvent aborder selon la nature ou la portée du problème de santé en cause dans chaque cas». Dans l'affaire *RJR-MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1995] 3 R.C.S. 199 à la p. 245 [ci-après «RJR-

On sait ainsi que, traditionnellement, la compétence provinciale repose sur l'article 92 (16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*,⁵⁵ lequel confie aux provinces «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée». Le paragraphe 13 de ce même article est également perçu comme soutenant la prérogative provinciale puisque le financement des services sociosanitaires relèverait de la «propriété et du droit civil», comme d'ailleurs certains aspects liés à l'organisation et au contrôle des activités professionnelles.⁵⁶ Étrangement, le paragraphe 7, qui réserve aux provinces l'exclusivité des matières liées à «l'établissement, l'entretien et l'administration des hôpitaux, asiles, institutions et hospices de charité [...] autres que les hôpitaux de marine» n'est que très peu sollicité pour asseoir la compétence des provinces.⁵⁷

Malgré la prérogative provinciale, le gouvernement fédéral n'a pas été confiné à un rôle de simple observateur en matière de santé. Il a pu intervenir en vertu de ses pouvoirs concernant «la quarantaine et l'établissement et maintien des hôpitaux de marine»,⁵⁸ de ceux relatifs à certaines catégories de personnes qui tombent sous sa juridiction⁵⁹ et, enfin, de sa compétence en matière de droit criminel.⁶⁰ C'est toutefois par le biais du pouvoir général de dépenser qu'il a pu influencer significativement la définition du cadre de prestation et de financement des services de santé au pays.

MacDonald», le juge McLachlin a soutenu cette position alors qu'elle écrivait au nom de la majorité.

55. 30 & 31 Vict., R.-U., c. 3.

56. «Traité de droit de la santé», *supra* note 53 à la p. 40.

57. *Ibid.* : voir l'explication avancée par les auteurs à la note infrapaginale 61 de leur texte. Aussi, pour une référence timide à ce paragraphe, voir les propos du juge Estey dans *Schneider*, *supra* note 54 à la p. 120.

58. *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 91 (11).

59. *Ibid.*, art. 91(7)(10)(24)(28) : sont visés par ces paragraphes, les militaires, marins, autochtones, immigrants et prisonniers.

60. *Ibid.*, art. 91 (27). La compétence du gouvernement fédéral en matière de droit criminel a justifié ses interventions sur des sujets tels que l'avortement, les aliments et drogues, les jeunes contrevenants et, plus récemment, les produits du tabac. Aussi, des interventions liées à l'euthanasie et à la génétique ont été envisagées. Pour la génétique, voir le projet de loi suivant, mort au feuillet en 1997 : P.L. C-47, *Loi concernant les techniques de reproduction humaine et les opérations commerciales liées à la reproduction humaine*, 2e sess. 35e lég.

La controverse entourant l'exercice de ce pouvoir porte surtout sur les modalités de son exercice. De fait, le gouvernement fédéral a, dans presque tous les cas, assorti ses contributions de conditions ayant pour effet d'imposer des paramètres à l'intérieur desquels les programmes relevant des provinces devaient être établis.⁶¹ Dans le secteur de la santé notamment, la forme qu'a prise l'implication fédérale a eu tôt fait de générer une polémique constitutionnelle importante,⁶² mais elle a également contribué à établir, sinon à «sacraliser», ce qu'on appelle maintenant les «grands principes» qui régissent l'ensemble des systèmes de santé existant au Canada.

Dès 1957, la *Loi sur l'assurance-hospitalisation et les services diagnostiques*⁶³ et plus tard, en 1966, la *Loi sur les soins médicaux*,⁶⁴ venaient établir certaines conditions que les provinces devaient respecter dans la détermination des conditions d'accès aux services afin de pouvoir bénéficier des contributions financières fédérales.⁶⁵ Vint ensuite l'adoption de *Loi de 1977 sur les accords fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces et sur le financement des programmes établis*⁶⁶ qui eut pour effet de rendre moins contraignantes les conditions énoncées.

C'est finalement en 1984 que les deux lois fédérales en matière de santé ont été regroupées en une seule, la *Loi canadienne sur la santé*.⁶⁷ Actualisant et complétant les conditions des législations antérieures, cette nouvelle loi a eu pour effet de réinstaurer des mesures financières de «rétorsion» particulièrement

61. H. Brun et G. Tremblay, *Droit constitutionnel*, 2e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1990, à la p. 511 et s.

62. À ce sujet, voir P. Blache, «Le pouvoir de dépenser au coeur de la crise constitutionnelle canadienne» (1993) 24 :1 *R.G.D.* 29.

63. S.R.C. 1970, c. H-3 (abrogée).

64. S.R.C. 1970, c. M-8 (abrogée).

65. Voir l'historique des interventions fédérales en matière de santé dans O. Madore, *La Loi canadienne sur la santé : Aperçu et options*, Ottawa, Service de recherche de la Bibliothèque du Parlement, 1995, aux pp. 4-6.

66. S.C. 1976-77, c. 10 (abrogée).

67. *Supra* note 5.

dissuasives en ce qu'elles visent non seulement les contributions fédérales en matière de santé, mais bien l'ensemble des transferts fédéraux.⁶⁸

En adoptant la *Loi canadienne sur la santé*, le législateur fédéral avait pour «objectif premier de protéger, de favoriser et d'améliorer le bien-être physique et mental des habitants du Canada et de faciliter un accès satisfaisant aux services de santé, sans obstacles d'ordre financier ou autre».⁶⁹ C'est cette perception des modalités par lesquelles les services de santé doivent être rendus disponibles qui a conduit à l'instauration des conditions énoncées par la loi.

Les cinq conditions en question sont les suivantes⁷⁰ :

1. La gestion publique, sans but lucratif, du régime provincial d'assurance-santé couvrant les services assurés;⁷¹
2. L'intégralité de la couverture, qui «suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé, tous les services de santé assurés fournis par les hôpitaux, les médecins ou les dentistes soient assurés (sic.)»;⁷²

68. *Ibid.*, art. 4, 7, 13-14, 20. Voir la revue des sanctions prévues par la Loi dans Madore, *supra* note 65 aux pp. 8-13. Le nouveau mécanisme prévu par le «Transfert social canadien» ne semble rien changer quant à la portée générale des sanctions pouvant être prises en vertu de la Loi canadienne : voir *Loi sur les arrangements fiscaux entre le gouvernement fédéral et les provinces*, L.R.C. 1995, c. F-8, art. 13 et s.

69. L.C.S., *supra* note 5 art. 3. Voir aussi l'alinéa 5 du préambule de la Loi où l'on retrouve la «prédiction» suivante : «L'accès continu à des soins de santé de qualité, sans obstacle financier ou autre, sera déterminant pour la conservation et l'amélioration de la santé et du bien-être des Canadiens».

70. Voir l'énumération à l'article 7 de la L.C.S., *ibid.* Pour une description de ces conditions, voir : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 29-33; Madore, *supra* note 65 aux pp. 6-8; Canada, *Assurance-santé-Medicare : Aperçu de la Loi canadienne sur la santé*, en ligne : Ministère de la santé < www.hc-sc.gc.ca/medicare/homef.htm > (dernière modification : 08/05/98).

71. L.C.S., *ibid.*, art. 8.

72. *Ibid.*, art. 9.

3. L'universalité de la couverture, à savoir que 100% des personnes assurées, soit tous les habitants de la province sauf exception,⁷³ ont accès aux services assurés selon des modalités uniformes;⁷⁴
4. La transférabilité de la couverture d'une province à l'autre et même à l'extérieur du pays;⁷⁵
5. L'accessibilité des services, signifiant qu'un accès satisfaisant aux services assurés doit être prévu, sans obstacle direct ou indirect, ce qui exclut toute possibilité de facturation,⁷⁶ de surfacturation et d'imposition de frais modérateurs⁷⁷ et implique donc que la responsabilité de financement est assumée exclusivement par l'État.

Les services de santé assurés auxquels ces conditions réfèrent sont «les services hospitaliers, médicaux et de chirurgie dentaire» «nécessaires» fournis aux assurés.⁷⁸ Pour leur part, les services complémentaires, qui consistent essentiellement en des services d'hébergement et de soins à domicile pour les personnes âgées,⁷⁹ ne sont pas assujettis aux conditions.⁸⁰

En regard du cadre imposé par ces conditions et compte tenu de notre propos,⁸¹ il importe maintenant de poser la question suivante : Les conditions

73. *Ibid.*, art. 2 al. 2. L'exception en cause vise les membres des Forces canadiennes, de la Gendarmerie royale du Canada, les prisonniers et les habitants d'une province présents sur le territoire depuis trois mois ou moins.

74. *Ibid.*, art. 10.

75. *Ibid.*, art. 11.

76. *Ibid.*, art. 12.

77. *Ibid.*, art. 2, al. 6 et al. 20, art. 18-19. Malgré le fait que les interdictions relatives à la surfacturation et aux frais modérateurs soient énoncées dans des articles distincts, elles sont, de toute évidence, intimement liées à la condition d'accessibilité.

78. *Ibid.*, art. 2 al. 16.

79. *Ibid.*, art. 2 al. 14.

80. *Ibid.*, art. 6, 18 et 19 (2). En fait, les seules conditions relatives aux services complémentaires concernent les informations devant être transmises par les provinces au ministre fédéral : *ibid.*, art. 13.

81. La question régulièrement posée par bon nombres d'observateurs concerne la portée ou le contenu de la notion de «services nécessaires» : Madore, *supra* note 65 aux pp. 13-16.; F.N.S., *Les objectifs nationaux et le rôle fédéral dans les soins de santé*, Ottawa, 1995 aux pp. 19-23 [ci-après «les objectifs nationaux»]; F.N.S., *Le maintien d'un système national de santé : une question de principe(s)... et d'argent*, Ottawa, 1996 aux pp. 7-10 [ci-après «le

impliquent-elles uniquement qu'il doit exister un régime, sous gouverne publique et offrant une gamme complète de services à toute la population sur la base d'un financement public, ou visent-elles également à interdire que le secteur privé puisse offrir des services similaires? En somme, la question est de savoir si l'une des conditions de la Loi canadienne, ou leur conjonction, pourrait être interprétée comme ayant pour effet d'assurer un monopole des services publics de santé.

Cette question précise n'ayant pas été soumise à l'attention des tribunaux et la mise en oeuvre des sanctions financières par le gouvernement fédéral n'ayant porté que sur des questions de surfacturation et d'imposition de frais modérateurs,⁸² il est difficile de déterminer avec assurance la portée de la Loi.

Ainsi, à ce moment-ci, plusieurs interprétations sont proposées,⁸³ notamment celle du Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien qui a procédé à un examen de la Loi canadienne parallèlement à l'*Alberta Health Care Insurance Act*.⁸⁴ À l'occasion de cet examen, deux «écoles de pensée» ont été opposées. La première, celle dite de la «structure unitaire», conçoit que la Loi canadienne impose un «monopole gouvernemental de tous les services médicalement nécessaires». ⁸⁵ La deuxième, identifiée sous le nom de «structure superposée», soutient plutôt que cette Loi «n'exclut ni ne

maintien d'un système national de santé»]. S'il est sans doute important d'y répondre afin de déterminer l'étendue de la couverture que doivent assurer les régimes provinciaux et, conséquemment, le rôle que peut jouer le secteur privé à l'égard des services non couverts, ce ne l'est pas lorsqu'il s'agit d'envisager les possibilités de développement des services parallèles. En effet, la détermination de l'étendue de la couverture publique n'aide en rien lorsqu'il s'agit d'envisager les possibilités, pour le secteur privé, d'offrir les mêmes services que ceux visés par cette couverture.

82. Voir ce que rapporte les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 47-48; Madore, *supra* note 65 à la p. 10. Il convient de rappeler que la possibilité de «surfacturer» ou de tarifier les services ne constitue pas une possibilité de développement de services parallèles, du moins au sens de la présente étude : voir *supra* note 11.

83. Voir la brève revue qu'en fait Madore, *ibid.* aux pp. 13-16.

84. R.S.A. 1980, c. A-24. Cette loi respecterait les conditions de la Loi canadienne selon l'analyse qu'en a faite le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 89, 96. Elle permettrait par ailleurs à un médecin de se dissocier du régime public et de facturer directement à ses patients le coût des services rendus. Cette possibilité existe également au Québec, en vertu de la *Loi sur l'assurance-maladie* (*supra* note 17) : *infra*, partie 1.2.2.2.

85. G.T.S.S.A.B.C., *ibid.* aux pp. 93-94.

visé à exclure l'implantation d'un régime parallèle de soins de santé privés, pour autant que celui-ci ne sape pas le régime public». ⁸⁶ Prenant en considération l'effet conjugué de la Loi fédérale et de la Loi albertaine, le Groupe de travail semble en venir à privilégier l'école de la «structure unitaire».

L'analyse effectuée par le Groupe de travail ne semble pas opérer de distinction entre les notions de «surfacturation» et de «tarification» et celle des services parallèles. ⁸⁷ C'est pourquoi la conclusion à laquelle elle conduit n'est guère éclairante aux fins de notre démarche. Elle ne fait que souligner qu'en vertu de la Loi canadienne, un service médical ne peut être rémunéré à la fois par un régime provincial d'assurance-maladie et par le particulier qui le reçoit. ⁸⁸ Il reste alors toujours à déterminer si, au terme de la Loi canadienne, une province peut permettre qu'en marge du régime public, au sein duquel les services médicaux ne peuvent être rémunérés que par le biais de l'assurance-maladie publique, des services similaires soient offerts par des prestataires privés, aux seuls frais des personnes qui les reçoivent.

Aussi, une critique que l'on peut adresser à la démarche du Groupe de travail est qu'elle ne repose pas sur un examen particulier et autonome des conditions de la Loi canadienne. Faire intervenir une loi provinciale aux fins d'éclairer la portée de ces conditions revient à s'appuyer sur l'interprétation qu'en ont faite les législatures, laquelle interprétation n'est peut-être pas objective en ce qu'elle a pu être faussée par la prise en considération d'intérêts politiques ou économiques divers. Peut-on ainsi soumettre qu'une loi provinciale, instituant des mesures devant répondre à des conditions prévues par une loi fédérale, peut souvent ne pas constituer un avis ou une opinion juridique probante quant à la portée de ces mêmes conditions.

Un peu dans la même perspective, il n'est pas suffisant de prendre acte, comme l'ont déjà fait certains observateurs, ⁸⁹ du fait que certains régimes

86. *Ibid.* aux p. 94.

87. Voir la distinction effectuée précédemment, *supra* note 11.

88. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux p. 99.

89. Voir l'analyse de M. JACKMAN, «The Regulation of Private Health Care under the Canada Health Act and the Canadian Charter» (1995) 6 :2 *Forum Constit.* 54 à la p. 56 [ci-après «Regulation of private health care»].

provinciaux, comme celui de l'Alberta et du Québec, par exemple, permettent déjà à des prestataires d'oeuvrer en marge du système public.⁹⁰ À notre avis, cet état de fait n'est pas probant aux fins d'écarter l'interprétation favorable au monopole du système public sur la base des conditions de la Loi canadienne. Si les possibilités prévues par les lois provinciales n'ont pas, jusqu'à ce jour, fait l'objet de sanctions prises par le gouvernement fédéral en vertu de la Loi canadienne, c'est peut-être tout simplement parce que les développements qu'elles ont occasionnés n'ont été que de peu d'ampleur.⁹¹ Il ne faut pas ici confondre, d'une part, une certaine tolérance dans l'application de la loi et, d'autre part, la portée réelle des conditions qu'elle comporte.

Parmi ces conditions, celle de «gestion publique» tend évidemment, compte tenu de son libellé, à attirer l'attention dès le début d'une recherche comme celle en cours. Certains observateurs s'appuient d'ailleurs sur cette condition pour soutenir l'interprétation favorable au monopole du système public.⁹² Pourtant, elle n'exige rien de plus que les régimes provinciaux d'assurance-santé soient sous contrôle public. Elle peut certes constituer un obstacle à d'éventuelles mesures de privatisation que pourrait envisager une province, mais, en ne requérant pas spécifiquement que les régimes provinciaux soient constitués en monopole public, elle ne semble pas interdire en elle-même le développement de services parallèles.

À notre avis, ce pourrait surtout être la condition d'intégralité qui permettrait aux tenants du monopole du système public de soutenir leur position. Cette interprétation pourrait reposer sur une analyse textuelle reprenant le

90. Pour le Québec, notamment en ce qui concerne les services professionnels, voir les développements, voir ci-dessous partie 1.2.2.2.

91. Sur le peu d'ampleur de ces développements, voir notamment ce que rapporte le F.N.S. dans «Financement public et privé» *supra* note 4 à la p. 13.

92. Voir Feehan, *supra* note 8 à la p. 18. Cet auteur est d'avis que cette condition fait en sorte que «a two-tiered system is not possible».

contenu des définitions législatives des termes auxquels la condition d'intégralité fait référence⁹³ :

«La condition d'intégralité suppose qu'au titre du régime provincial d'assurance-santé [soit le régime ou les régimes constitués par la loi d'une province en vue de la prestation de services de santé⁹⁴], tous les services de santé assurés [soit les services hospitaliers, médicaux ou de chirurgie dentaire médicalement nécessaires⁹⁵] fournis par les hôpitaux [soit tout ou partie des établissements où sont fournis des soins hospitaliers, notamment aux personnes souffrant d'une maladie aiguë ou chronique ainsi qu'en matière de réadaptation⁹⁶], les médecins [soit les personnes légalement autorisées à exercer la médecine au lieu où elles se livrent à cet exercice⁹⁷], les dentistes [soit les personnes légalement autorisées à exercer la médecine dentaire au lieu où elles se livrent à cet exercice⁹⁸] soient assurés [donc soumis à la condition de gestion publique, d'universalité, de transférabilité et d'accessibilité⁹⁹] [...]»

93. La formulation de base est celle de la définition que l'on retrouve à l'article 9 de la L.C.S., *supra* note 5.

94. Définition donnée à l'article 2 al. 13 de la L.C.S., *ibid.*

95. *Ibid.*, art. 2 al. 15, 16, 17, 19.

96. *Ibid.*, art. 2 al. 8. L'expression «tout ou partie des établissements» est ambiguë et pourrait être interprétée comme signifiant «tous les établissements ou certains d'entre eux». Une telle interprétation pourrait être invoquée pour soutenir que la définition ne renvoie qu'aux établissements qui adhèrent au régime provincial d'assurance-santé, les autres pouvant fonctionner en marge des conditions prévues sans que cela ne constitue une infraction. Toutefois, la version anglaise de la définition ne semble pas donner prise à cette dernière interprétation. Étant formulée au singulier, elle s'avère plus éclairante : «hospital includes any facility or portion thereof...». Ainsi, la définition pourrait signifier que lorsqu'il est question d'un hôpital, il est question de la globalité de chaque établissement entièrement voué à la prestation de services hospitaliers ou, dans le cas des établissements «multivocationnels», de la partie de ces derniers destinée à cette même fin. Cette interprétation s'accorderait bien avec les deux exceptions prévues aux paragraphes a) et b) de l'alinéa, lesquels réfèrent aux «hôpitaux et institutions destinés principalement aux personnes souffrant de troubles mentaux» et à «tout ou partie des établissements où sont fournis des soins intermédiaires en maison de repos ou des soins en établissement pour adultes ou des soins comparables pour les enfants».

97. *Ibid.*, art. 2 al. 10.

98. *Ibid.*, art. 2 al. 5.

99. *Ibid.*, art. 5 et 7, 8, 10-12.

Ainsi, la notion d'intégralité pourrait être interprétée comme référant à l'ensemble des services médicalement nécessaires, dispensés par les prestataires habilités à exercer légalement sur le territoire, et non pas uniquement à ceux des prestataires qui ont accepté de participer, de s'inscrire ou d'adhérer au régime provincial d'assurance-santé. Cette interprétation pourrait permettre de soutenir que les régimes d'assurance-santé doivent faire en sorte que tous les services hospitaliers, médicaux et dentaires, nécessaires du point de vue médical, dispensés par tous les médecins, dentistes et hôpitaux présents et exerçant légalement sur le territoire, soient sous la gestion d'une autorité publique sans but lucratif et disponibles à tous les citoyens de la province et des autres provinces selon des modalités uniformes qui excluent toute forme de tarification.

Bien sûr, il ne s'agit là que d'une interprétation possible, parmi d'autres qui ne renvoient pas toutes à une conception monopolistique de ce que doit être le système public de santé au terme des conditions prévues par la Loi. Toutefois, elle pourrait apparaître assez plausible et, surtout, suffisamment séduisante pour d'éventuels opposants au système de santé à «deux vitesses» disposés à mener une contestation judiciaire.¹⁰⁰ Du reste, si elle devait être rejetée de manière préliminaire, il n'est pas dit que ce ne serait pas le point de départ de pressions publiques visant à amener le gouvernement fédéral à adopter, au sein de la Loi actuelle ou d'une législation aux effets plus directs,¹⁰¹ des règles qui, elles, seraient précises aux fins de prohiber le développement de services parallèles.

1.2.1.2 Vers un raffermissement des normes nationales au profit du monopole du système public?

Certains observateurs qui militent en faveur du monopole des services publics trouvent insuffisant le «rempart» que constitue la *Loi canadienne sur la santé*.

100. Pour apprécier la possibilité d'un recours judiciaire sous la Loi canadienne, voir ci-dessous partie 1.2.1.2.

101. Voir ci-dessous partie 1.2.1.2.

Ainsi, considérant le flou interprétatif sur sa portée, des précisions législatives ont maintes fois été demandées par bon nombre d'intervenants, certains allant même jusqu'à proposer l'ajout d'une sixième condition interdisant expressément l'exploitation de cliniques privées.¹⁰² Aucun indice ne laisse croire que le gouvernement fédéral puisse aller dans cette direction dans un avenir prévisible. Ainsi, le Forum national sur la santé n'a fait aucune recommandation en ce sens, bien qu'il ait, par ailleurs, pris position en faveur d'un élargissement de la couverture de services prévue par les normes.¹⁰³

Les inquiétudes soulevées portent également sur la fragilité constitutionnelle de la Loi en raison de l'interprétation traditionnelle du partage des compétences qui, comme on l'a vu, désigne les provinces comme maîtres d'oeuvre en matière de santé.

Sur la question de la constitutionnalité de la Loi canadienne, il est utile de référer aux indications données par le législateur fédéral lui-même. Ainsi, le préambule¹⁰⁴ de la Loi est ainsi à l'effet que «le gouvernement du Canada n'entend pas [...] abroger les pouvoirs, droits, privilèges ou autorités dévolus [...] aux provinces sous le régime de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de ses modifications ou à tout autre titre, ni leur déroger ou porter atteinte». Il s'agit là d'une précision importante qui va dans le sens des décisions rendues à l'occasion des examens judiciaires portant sur certaines interventions fédérales justifiées en vertu du pouvoir de dépenser. Ainsi, il semble que les tribunaux ne voient pas automatiquement l'assujettissement d'une contribution financière fédérale à des conditions précises comme étant un viol des règles relatives au partage des compétences.¹⁰⁵

102. Madore, *supra* note 65 à la p. 15. C'est une possibilité qu'envisage notamment M. Jackman, *supra* note 89 à la p. 58.

103. «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 21-25. Les recommandations formulées visent la consolidation du financement public des services médicalement nécessaires sur la base du modèle de «payeur unique» ainsi que l'élargissement de la gamme de services assurés de manière à ce que les médicaments et les soins à domicile médicalement nécessaires fassent l'objet d'un financement public.

104. Al. 2.

105. Voir l'affaire *YMHA Jewish Community Centre of Winnipeg Inc. c. Brown*, [1989] 1 R.C.S. 1532. Aussi, pour une opinion défavorable à la constitutionnalité de la Loi canadienne au regard des critères jurisprudentiels relatifs au pouvoir de dépenser, voir J. Maziade, «L'imposition du ticket modérateur dans le système de santé des provinces : qui décide? Le

Il importe également de considérer la décision rendue par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Winterhaven Stables Ltd c. Canada (Attorney-General)*¹⁰⁶. Cette décision a la particularité de justifier l'imposition de conditions par le gouvernement fédéral pour le versement de contributions financières dans certains domaines de compétence provinciale sur la base de l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*,¹⁰⁷ une assise différente donc de celle du pouvoir de dépenser.¹⁰⁸ Cette disposition constitue essentiellement un «engagement» du Parlement et des législatures à assurer les services publics «essentiels» de qualité acceptable et, à cette fin, à faire les paiements de péréquation requis.

Donc, considérant le cadre favorable qu'offrent l'article 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et le pouvoir de dépenser, il apparaît peu probable pour l'instant qu'un contentieux amène les tribunaux à invalider la *Loi canadienne sur la santé* sur la base d'une violation des règles relatives au partage des compétences.¹⁰⁹

Par ailleurs, les arguments qui conduisent à établir la constitutionnalité de la Loi amènent à souligner que les règles qu'elle énonce ne pourraient avoir pour effet d'invalider des modalités contraires définies par les provinces dans le cadre de leurs prérogatives. Pour l'heure, il semble que la seule situation qui donnerait véritablement ouverture à une démarche judiciaire en vertu de la Loi canadienne serait celle où le mécanisme des sanctions prévues à l'égard de pratiques provinciales dérogatoires ne serait pas enclenché. Un individu ou un groupe de pression pourrait alors contester la validité des pleins versements des contributions financières fédérales destinées aux programmes de santé.

gouvernement fédéral ou le gouvernement provincial?» (1995) *R.D.U.S.* 131 à la p. 159 et s.

106. (1988), 62 Alta L.R. (2d) 266 (C.A.).

107. *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), 1982, c. 11.

108. Voir le commentaire à l'effet que cette disposition constitutionnelle paraît «légitimer a posteriori» les subventions constitutionnelles du gouvernement fédéral, dans Brun et Tremblay, *supra* note 61. La question pourrait alors consister à déterminer si cette disposition ne fait que préciser le cadre d'exercice du pouvoir de dépenser en vue d'atteindre l'un des objectifs énumérés à l'article 36 ou si elle constitue une assise distincte.

109. C'est l'avis exprimé par le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 13.

Ce scénario est celui de l'affaire *Finlay*¹¹⁰ dans laquelle un individu contestait la validité des versements des contributions fédérales destinées au régime d'aide sociale manitobain, lesquels versements avaient été faits en vertu du *Régime d'assistance publique du Canada*.¹¹¹ Dans ce cas, le Manitoba avait effectué des retenues sur les allocations d'aide sociale, ce qui, selon le poursuivant, contrevenait aux dispositions du régime fédéral. La Cour suprême a alors estimé que les retenues prévues par le régime manitobain ne contrevenaient pas à la loi fédérale, mais a par ailleurs reconnu la validité de la démarche de Finlay. Sur la base de ce modèle de contestation, il serait donc possible d'envisager une démarche judiciaire qui mènerait à une déclaration d'«invalidité administrative»¹¹² des contributions versées en vertu de la Loi canadienne à une province dont le régime d'assurance-santé déroge aux conditions posées¹¹³

Mais, même cette possibilité de contrôle judiciaire semble être insuffisante aux yeux de certains observateurs qui en viennent à proposer d'asseoir les normes nationales sur un autre support législatif ou constitutionnel, plus directif et plus ferme.¹¹⁴ Les propositions vont dans le sens de l'adoption d'une nouvelle loi par le gouvernement fédéral en vertu de son pouvoir concernant les questions de dimension nationale¹¹⁵ ou, encore, de l'enchâssement

110. *Finlay c. Canada (ministre des Finances)*, [1993] 1 R.C.S. 1080.

111. L.R.C., c. C-1. [ci-après «Régime»].

112. Selon l'expression proposée par Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 513.

113. À ce sujet, voir l'opinion favorable de S. Choudhry, «The enforcement of the Canada Health Act» (1996) *R.D. McGill* 461 à la p. 480 et s.

114. Pour une revue des options envisagées, voir Madore, *supra* note 65 aux pp. 15-16.

115. Concernant la possibilité d'intervention du gouvernement fédéral sur la base de ce pouvoir, voir les affaires suivantes : *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401; *Avis sur la Loi anti-inflation*, [1976] 2 R.C.S. 373. Pour des examens spécifiques d'interventions semblables en matière de santé, voir les décisions suivantes : *RJR-MacDonald c. Canada (Procureur général)*, [1993] R.J.Q. 375 (C.A.); [1991] R.J.Q. 2260 (C.S.); *Schneider*, *supra* note 54. Voir également ce qu'en disent les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 15-21; M. Jackman, «The Constitutional Basis for Federal Regulation of Health» (1994) 5 :2 *Health L. Rev.* 3 aux pp. 6-7; Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 488.

des normes dans la *Charte canadienne des droits et libertés* ou dans une éventuelle charte sociale.¹¹⁶

Pour l'instant, il semble peu probable que le gouvernement fédéral donne suite à ces propositions, du moins si l'on en juge par l'absence de toute déclaration politique en ce sens et si l'on tient compte également de l'avis du Forum national sur la santé qui s'est prononcé à l'effet que la préservation du système de santé canadien pouvait continuer à reposer sur la *Loi canadienne sur la santé* sous sa forme actuelle.¹¹⁷

Il est vrai que, dans les faits, les conditions énoncées par la Loi canadienne ont un impact déterminant sur la définition des modalités relatives aux systèmes de santé provinciaux. Ainsi, malgré une diminution substantielle

-
116. À titre d'exemple d'un tel enchâssement dans une charte sociale, voir le défunt Accord de Charlottetown : Gouvernement du Canada, *Projet de texte juridique* (concernant l'entente intervenue à Charlottetown, le 28 août 1992, entre les représentants du premier ministre du Canada, des dix premiers ministres provinciaux, des leaders des territoires et des dirigeants autochtones), Ottawa, 9 octobre 1992 à la p. 45, art. 36.1. Voir particulièrement le paragraphe 2 a) de cet article selon lequel la préservation et le développement de l'union sociale et économique ont notamment l'objectif «d'assurer dans tout le Canada un régime de soins de santé complet, universel, transférable, à gestion publique et qui soit accessible».
117. *Ibid.* aux pp. 21-25. Cette recommandation semble avoir été élaborée sur la base de considérations de «faisabilité» juridique des projets visant une intervention législative plus ferme et également en regard de l'impact néfaste qu'une telle intervention pourrait avoir sur les relations fédérales-provinciales : «Les objectifs nationaux», *supra* note 81 aux pp. 19-22; «Le maintien d'un système national de santé», *supra* note 81 aux pp. 7-8.

des transferts fédéraux ces dernières années,¹¹⁸ il appert que les provinces s'astreignent, bon gré mal gré, à respecter les termes de la Loi.¹¹⁹

Cette discipline face aux normes nationales peut certes s'expliquer du fait que, aussi réduite peut-elle être devenue, la contribution fédérale demeure essentielle pour des provinces qui, à l'heure actuelle, ne bénéficient pas d'une marge de manoeuvre budgétaire leur permettant de s'en passer. Il n'est pas dit, cependant, que ce fragile équilibre perdurerait très longtemps si les contributions fédérales devaient atteindre un niveau d'insignifiance tel, pour certaines provinces, qu'elles ne constitueraient plus un incitatif suffisant pour les amener à se conformer auxdites normes.

Dans cette perspective, les provinces pourraient cependant se heurter à un autre écueil, soit celui l'absence de marge de manoeuvre politique. Cela tient au caractère «quasi sacré» qu'ont acquis les normes auprès d'une partie

118. La proportion des contributions financières du gouvernement fédéral dans les dépenses totales de santé au Québec est passée de 45% à environ 30% entre 1986 et 1996 : «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 19. Voir la recommandation du Forum national sur la santé visant à ce que le gouvernement fédéral consolide et maintienne sa participation financière afin de lui permettre de continuer à assumer un leadership efficace en matière de santé : «un héritage à faire fructifier», *supra* note 6 aux pp. 22-23; «Les objectifs nationaux», *ibid.* aux pp. 25-33. Cette recommandation pourrait avoir des suites, si l'on en juge par une promesse électorale formulée par le premier ministre Chrétien et rapportée par M. Cornellier, «Une première promesse de 6 milliards, Jean Chrétien fait volte-face et entend maintenant verser plus d'argent aux provinces pour la santé, l'aide sociale et l'éducation postsecondaire» *Le Devoir [de Montréal]* (29 avril 1997).

119. Les quelques dérogations aux normes nationales récemment observées, notamment celles de l'Alberta et de la Colombie-Britannique, semblent avoir été rapidement enrayerées dès que le gouvernement fédéral a pris sur lui d'imposer les sanctions financières : voir ce que rapporte Madore, *supra* note 65 aux pp. 10-11. Pour le Québec, il est intéressant de rappeler le projet d'introduction d'un «impôt-santé» qui faisait partie des orientations officielles du gouvernement en 1991. Le projet n'a jamais vu le jour en raison de la crainte de voir les transferts fédéraux diminuer en conséquence de l'application des sanctions prévues par la Loi canadienne : Québec, M.S.S.S., *Les services de santé et les services sociaux au Québec, Un financement équitable à la mesure de nos moyens*, Québec, Le Ministère de la santé et des services sociaux, 1991 aux pp. 79, 80; «Réforme axée sur le citoyen», *supra* note 25 à la p. 88. Il en fut ainsi du projet de «ticket orienteur» que l'on souhaitait imposer aux individus qui, plutôt que de se diriger vers un centre local de services communautaires ou vers un cabinet privé pour des services non urgents, s'adresseraient aux urgences des centres hospitaliers. Voir le pouvoir réglementaire, laissé en veilleuse, qui permet au gouvernement d'instaurer une telle mesure dissuasive : L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 505 (29).

importante de la population canadienne.¹²⁰ À noter d'ailleurs que la force politique des «cinq grands principes» de la Loi canadienne semble bien vérifiable au Québec¹²¹ et qu'à ce chapitre, ce ne serait donc pas le règne des «deux solitudes» qui prévaudrait!

Face à une administration provinciale qui tolérerait, de manière assez affichée, le développement de services parallèles, il ne serait pas étonnant que d'importantes réactions publiques défavorables se manifestent. Dans ce cas, deux éventualités seraient à prévoir : ou bien cette administration aurait tôt fait de rebrousser chemin compte tenu du tollé soulevé parmi ses propres commettants, ou bien le gouvernement fédéral pourrait recourir à une forme d'intervention plus coercitive pour donner suite à la volonté de la population. C'est en regard de cette dernière éventualité que le statu quo, jusqu'ici favorisé à l'égard des normes nationales, peut apparaître comme n'étant pas inébranlable.

1.2.2 Les règles propres au système de santé québécois

L'essence même du système public de santé québécois relève de trois lois¹²² qui, chacune de manière différente, lui assurent un monopole quasi complet. Ce monopole réside dans les obstacles posés à l'égard du développement de services institutionnels parallèles à ceux prévus par l'État, de même qu'à l'égard de la prestation, en marge des modalités de financement public, de services identiques à ceux visés par le régime d'assurance-maladie et le régime d'assurance-hospitalisation.

120. «Atteinte d'un équilibre», *supra* note 39 à la p. 10 et s. Voir également la conclusion quant au rôle «phare» que joue la Loi canadienne dans l'article de Choudhry, *supra* note 113.

121. À cet effet, voir les constats faits dans les documents suivants : Secrétariat national des commissions sur l'avenir du Québec, *Commission nationale sur l'avenir du Québec : Rapport*, Québec, Conseil exécutif, 1995 à la p. 28; «Réforme axée sur le citoyen», *supra* note 25 à la p. 10; «Commission Rochon», *supra* note 34 aux pp. 398-400, 452-453.

122. Il s'agit des lois suivantes : *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, *supra* note 16; *Loi sur l'assurance-maladie*, *supra* note 17; *Loi sur l'assurance-hospitalisation*, L.R.Q., c. A-28 [ci-après «L.A.-H.】].

1.2.2.1 Le développement parallèle de services institutionnels : une possibilité quasi insaisissable

C'est en grande partie¹²³ la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*¹²⁴ qui établit le «mode d'organisation des ressources humaines, matérielles et financières»¹²⁵ par lequel les services sociosanitaires préventifs et curatifs sont rendus disponibles à la population. Ce mode d'organisation repose sur une hiérarchie d'instances, généralement à caractère public. Se retrouvent au sein de cette hiérarchie, le ministre, chargé de la supervision d'ensemble,¹²⁶ les régies régionales, devant assumer un rôle de programmation,¹²⁷ et les organisations prestataires de services.

Ces organisations prestataires n'ont pas à obéir à un modèle unique, soit le ou les modèles traditionnels des entités qui relèvent de l'administration publique. Il faut prendre note que l'un des objets de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*, clairement affirmé, est de faire en sorte que soient partagées «les responsabilités entre les organismes publics, les organismes communautaires et les autres intervenants du domaine de la santé et des services

123. Il faut considérer qu'en dehors de cette organisation législative, on retrouve un éventail de services offerts dans le cadre d'une pratique privée de l'une des quelque 23 professions de la santé reconnues par le *Code des professions* (L.R.Q., c. C-26, annexe I). Citons seulement l'exemple des médecins qui sont nombreux à pratiquer au sein de cabinets, cliniques et polycliniques privés. Ce mode de prestation de services n'est pas assujéti à la Loi d'organisation : voir l'article 95 L.S.S.S.S., *ibid.*; voir aussi *Hamel c. Malaxos*, [1994] R.J.Q. 173 (C.Q.).

124. L.S.S.S.S., *ibid.*

125. *Ibid.*, art. 2 al. 1.

126. *Ibid.*, art. 431 et s. Voir notamment les fonctions liées à l'établissement des politiques et programmes de santé et de services sociaux (art. 431 (1)), à l'approbation des priorités et des plans régionaux d'organisation de services soumis par les régies régionales (431 (2)) et à la coordination des services (431 (7)).

127. La programmation est réalisée par les régies régionales en vertu de leurs fonctions liées aux «priorités de santé et bien-être» (*ibid.*, art. 346), à «l'organisation des services» (art. 347-349), à «l'allocation des ressources financières» (art. 350 et 351), à «la coordination des services de santé et des services sociaux» (art. 352-370) et à la «gestion des ressources humaines, matérielles et financières» (art. 376-385).

sociaux». ¹²⁸ Il est ainsi reconnu que plusieurs organisations non publiques peuvent dispenser des services. ¹²⁹

Par ailleurs, au terme de cette Loi, ce sont surtout les «établissements» qui peuvent dispenser la portion prédominante de l'ensemble des services requis par la population. ¹³⁰ D'ailleurs, les activités des autres types d'organisations prévus par la Loi gravitent autour de la programmation de services des établissements et, quelquefois même, n'en sont que le prolongement. ¹³¹

De manière générale, les établissements, soit les personnes ou les sociétés ¹³² pouvant se livrer à l'une ou l'autre des activités sociosanitaires déterminées, ¹³³ sont publics. Leur fonctionnement est donc assuré sinon en totalité, du moins en très grande partie, par l'État. ¹³⁴

La *Loi sur les services de santé et les services sociaux* prévoit cependant qu'un établissement puisse être privé. ¹³⁵ Un tel établissement peut alors être, ou non, constitué en corporation et être, ou non, à but lucratif. ¹³⁶ Fait important à noter, les établissements privés, tout comme les établissements publics, peuvent fonctionner à l'aide d'un financement gouvernemental, sur la base d'une «convention». ¹³⁷

Il importe ici d'observer que le développement de ces établissements privés dits «conventionnés» ne constitue pas un exemple de développement

128. *Ibid.*, art. 2 (3).

129. Il peut s'agir des ressources intermédiaires (*ibid.*, art. 301), des ressources de type familial (art. 310), des organismes communautaires (art. 108), des ressources privées agréées (art. 454) ou de tout autre organisme ou personne (art. 108).

130. *Ibid.*, art. 100.

131. Voir *supra* note 129.

132. L.S.S.S.S., *supra* note 16 art. 94.

133. *Ibid.*, art. 79 et s. Ces activités se comptent au nombre de cinq et répondent à la catégorisation suivante : les activités de centre local de services communautaires, de centre hospitalier, de centre de protection de l'enfance et de la jeunesse, de centre d'hébergement et de soins de longue durée et de centre de réadaptation.

134. *Ibid.*, art. 285 à 287.

135. *Ibid.*, art. 97.

136. *Ibid.*, art. 99.

137. *Ibid.*, art. 475.

parallèle.¹³⁸ Il s'inscrit plutôt dans le cadre des opérations par lesquelles l'État a, dans certains cas, cru utile de déléguer des responsabilités à des prestataires privés, tout en se gardant la responsabilité du financement.¹³⁹

Ainsi, la convention de financement dont il est question ici, a pour objet de permettre à l'État, lorsqu'il estime que l'intérêt public le justifie, d'assurer la prestation de services à la population selon les mêmes modalités que dans le système public. Une grande partie des règles applicables aux établissements publics, notamment celles relatives aux mécanismes d'accès aux services¹⁴⁰ et celles concernant la contribution financière que doivent verser les usagers,¹⁴¹ le sont également aux établissements privés conventionnés.¹⁴² On comprend alors que la présence d'établissements privés conventionnés résulte bien d'une délégation étatique et non pas d'une initiative privée. Donc, pour les citoyens, la question du choix entre ces deux types d'établissements ne se pose pas en considérant qu'il y a des modalités financières d'accès différentes, en vertu desquelles la disponibilité des services ou leur qualité varie.¹⁴³ Les services des établissements publics et privés conventionnés ne relèvent, globalement, que d'une seule offre de services, soit celle prévue par l'administration publique.¹⁴⁴

-
- 138. Voir, en introduction, les définitions retenues en ce qui concerne les services publics et les services parallèles.
 - 139. Voir *supra* note 12.
 - 140. Voir L.S.S.S.S., *supra* note 16 art. 353-359, et *Règlement sur l'organisation et l'administration des établissements*, R.R.Q., c. S-5, r. 3.01, art. 20-49.1 [ci-après «R.O.A.E.».]. Ces dispositions concernent les fonctions des régies régionales à l'égard de la coordination des services. Elles s'appliquent de la même façon aux établissements publics et privés conventionnés. À noter que ce règlement, adopté sous l'ancienne *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (voir commentaires *supra* note 35) est toujours en vigueur faute d'avoir été remplacé : voir ce qu'en disent Y. Renaud, J.-L. Baudouin et P. A. Molinari (dir.), *Loi sur les services de santé et services sociaux*, L.R.Q., c. S-4.2, 9e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 à la p. VII (avant-propos) [ci-après «Services de santé»].
 - 141. L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 512-520. Voir également *Règlement d'application de la Loi sur les services de santé et les services sociaux* (ci-après cité : «R.A.L.S.S.S.S.»), R.R.Q., 1981, c. S-5, r.1, art. 346-377.1 [ci-après «R.A.L.S.S.S.S.»]. Voir la note précédente concernant la pérennité de ce règlement.
 - 142. Voir le commentaire de P. A. Molinari sous l'article 475 dans «Services de santé», *supra* note 140; voir également sous l'article 477 du même ouvrage.
 - 143. En somme, les services rendus disponibles par les établissements privés conventionnés ne relèvent pas d'une offre «supérieure» : voir *supra* note 13.
 - 144. Voir la conclusion que tire le «V.G.Q.», *surpra* note 25 à la p. 187 : «Le caractère privé de ces installations ne concerne que la gestion et la propriété de l'immeuble».

C'est du côté de la possibilité de mettre sur pied un établissement privé autofinancé que la perspective du développement de services parallèles apparaît, de prime abord, plus plausible. Il s'agit là d'établissements qui sont entre les mains d'intérêts privés et dont les coûts de fonctionnement sont entièrement assumés par les usagers ayant recours à leurs services. L'État n'assume donc aucune responsabilité de financement. Il ne dicte pas non plus les modalités d'accès auxquelles doivent obéir les services.¹⁴⁵ Ainsi, un établissement privé autofinancé pourrait-il décider d'offrir ses services aux plus offrants des citoyens désireux d'avoir un accès supérieur plutôt que de desservir, en conséquence de l'application des règles d'admissibilité prévues par la Loi, ceux dont les besoins sont les plus pressants. C'est dans ce contexte que l'on peut envisager, à première vue, que la Loi permet le développement d'une véritable alternative aux services issus du système mis en place par l'État.

Pour apprécier cette possibilité à sa juste mesure, il faut cependant considérer l'exigence selon laquelle une personne, morale¹⁴⁶ ou physique, intéressée doit obtenir un permis d'établissement lui permettant d'exercer l'une ou l'autre des activités sociosanitaires prévues par la Loi.¹⁴⁷

Il importe ici de souligner que ce n'est pas comme tel l'exigence de détenir un permis qui conduit à relativiser la perspective de développement de services parallèles en vertu de la Loi d'organisation. Dans plusieurs secteurs, bon nombre d'activités requièrent que ceux qui souhaitent les exercer détiennent un permis délivré par l'État sans que l'on puisse pour autant soutenir qu'elles constituent dès lors des «activités étatiques».¹⁴⁸

145. Voir L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 359; R.A.L.S.S.S.S., *supra* note 141, art. 346; R.O.A.E., *supra* note 140, art. 31. Ces dispositions ont pour effet de soustraire les établissements privés autofinancés d'une grande partie du champ d'intervention de l'administration publique quant à la détermination et l'application des modalités d'accès à leurs services.

146. Avant même l'étape d'obtention du permis, il faut, pour constituer une personne morale pouvant se qualifier à titre d'établissement, obtenir l'accord du ministre : L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 316.

147. *Ibid.*, art. 437 et s.

148. Qu'il suffise, à titre de seul exemple très parcellaire, de citer le cas des commerçants itinérants qui doivent détenir un permis de l'Office de la protection du consommateur pour agir à ce titre! : *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, art. 321 a).

Le problème ici tient plutôt à l'imprécision des conditions qu'il faut satisfaire afin de se voir délivrer le permis requis. Celui-ci s'obtient en transmettant une demande à la régie régionale concernée, laquelle, si elle l'approuve en regard de critères qu'il lui appartient d'établir en raison des fonctions que la loi lui confie,¹⁴⁹ l'acheminera ensuite au ministre. Ce dernier jouit alors d'une discrétion assez large lorsque vient le temps de décider s'il délivrera ou non un permis, le seul critère lui étant imposé étant celui de l'intérêt public.¹⁵⁰

Ce critère a été quelque peu circonscrit, notamment par un arrêt de la Cour d'appel l'affaire *Charles Bentley Nursing Home inc. c. Le ministre*.¹⁵¹ Il a alors été considéré que le refus de délivrer un permis ne peut exclusivement reposer sur une politique visant à freiner les projets de développement issus du secteur privé puisqu'il s'agirait là d'une négation des dispositions législatives reconnaissant l'existence d'établissements privés.

Cette précision étant faite, il demeure que le pouvoir discrétionnaire du ministre peut s'exercer, sans que cela ne soit formellement dit, évidemment, sur la base d'un préjugé défavorable au secteur privé, particulièrement en ce qui a trait à des services que ce secteur voudrait offrir en marge de la programmation faite par les instances publiques. C'est d'ailleurs ce qui semble être le cas si l'on juge du fait que, malgré la semonce judiciaire, les politiques d'octroi de permis semblent encore fortement imprégnées d'une grande méfiance à l'égard du rôle pouvant être joué par le secteur privé dans la prestation de services sociosanitaires.¹⁵² Ainsi, mis à part le secteur de l'hébergement et des soins de

149. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 441. Voir les commentaires de P. A. Molinari dans «Services de santé», *supra* note 140 aux pp. 300-301.

150. L.S.S.S.S., *ibid.*, art. 441

151. [1983] C.A. 455.

152. Cette méfiance a été exprimée de manière assez vive à l'occasion d'un «examen critique du secteur à but lucratif» fait au moment où les jalons du système québécois de santé étaient posés : Commission Castonguay-Nepveu, *supra* note 38 à la p. 43 et s. L'analyse faite à ce moment-là n'a pas été contredite à l'issue des travaux de la «Commission Rochon», *supra*, note 34 aux pp. 487-490. Cette dernière commission, à la p. 488, a conclu à la nécessité de maintenir «un système public fort» et, conséquemment, s'est dite d'avis que «le recours aux ressources privées doit demeurer marginal».

longue durée, où une certaine activité «privée autofinancée» est observable,¹⁵³ mais encore là, non sans qu'il y ait des réticences,¹⁵⁴ le réseau d'établissements privés autofinancés est à toute fin pratique inexistant au Québec.

Enfin, il importe de souligner que l'exercice sans permis d'une activité sociosanitaire prévue par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* est passible de sanctions pénales¹⁵⁵ et peut faire l'objet d'une décision du ministre

153. Il s'avère ardu, même en s'adressant aux autorités responsables, de trouver des données statistiques officielles et récentes qui permettent de dresser un portrait précis de la représentation des établissements publics, privés conventionnés et privés autofinancés selon leurs missions. À titre indicatif, il peut être utile de s'en remettre à des données éparses mais portant sur des années rapprochées. On peut ainsi considérer les données disponibles pour l'année 1992 où, sur les 208 établissements privés, 6 exerçaient des activités de centres hospitaliers, 18 de centres de réadaptation et 184 de centres d'hébergement et de soins de longue durée : Québec, M.S.S.S., *Santé et bien-être, La perspective québécoise, Les ressources matérielles*, Québec, Gouvernement du Québec, 1993 aux pp. 4-8. Aussi, des données pour l'année 1993 révélaient que la représentation des places d'hébergement et de soins de longue durée offertes par les établissements privés autofinancés étaient d'environ 9% du nombre total de places disponibles et d'environ 65% du nombre de places dites «privées» : «V.G.Q.», *supra*, note 25 à la p. 187. Pour apprécier l'évolution du rôle du secteur privé dans l'hébergement et les soins de longue durée au Québec, voir ce qui est ressorti des travaux de la «Commission Rochon», *supra* note 34 aux pp. 217-226.

154. Même en ce qui concerne les centres d'hébergement et de soins de longue durée, il y aurait semble-t-il un moratoire sur l'octroi de permis : Y. Vaillancourt et al., *La privatisation des services de santé et des services sociaux au Québec en 1993*, Montréal, Département de travail social - UQAM, 1993 à la p. 222. Pour des précisions récentes, voir ce que rapporte R. Dutrisac, «Centres d'accueil pour les personnes âgées, Le Fonds de solidarité entend investir dans le réseau privé de la santé, La FTQ se lance dans l'opération à la demande de Québec», *Le Devoir [de Montréal]* (4 avril 1997). Il est question dans cet article d'un projet d'investissement du secteur privé dans l'actif immobilier du réseau d'établissements exploitant des centres d'hébergement et de soins de longue durée. Ce projet ne viserait donc pas à confier au secteur privé des responsabilités de prestation de services. Ainsi, tels que rapportés, les commentaires du porte-parole du Ministère de la Santé et des Services sociaux sur ce projet, dénotent une ferme intention de maintenir le moratoire sur «la création de places» dans le secteur privé. Reste à savoir si ces propos ne visent qu'à rassurer une opinion publique qui perçoit généralement d'un mauvais oeil les mesures de désengagement de l'État en matière de santé. On peut ainsi envisager que, bien que présenté comme étant un partenariat limité avec le secteur privé, le projet en question débouche sur une opération de privatisation constituant un retrait plus ou moins significatif de l'État des activités d'hébergement et de soins de longue durée.

155. L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 531.

à l'effet de procéder à l'évacuation et à la relocalisation¹⁵⁶ des personnes hébergées dans les installations où les infractions sont commises.¹⁵⁷

Il semble donc que la possibilité de développer des services de santé parallèles au sens de la Loi d'organisation du système de santé québécois n'est, dans bien des cas, que théorique,¹⁵⁸ en ce que les critères devant présider à l'appréciation des demandes de permis par l'administration publique, sont, pour le moins, plutôt vagues et imprécis. Il est ainsi difficile dans l'état actuel des choses de ne pas imaginer qu'une position de principe défavorable aux services parallèles ne puisse avoir préséance sur une véritable analyse des besoins et des aspirations de la population.

1.2.2.2 Le développement parallèle de services visés par les régimes publics d'assurance : des mesures dissuasives et prohibitives

C'est essentiellement par le biais de la *Loi sur l'assurance-maladie*¹⁵⁹ et de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*¹⁶⁰ que le Québec se conforme aux conditions de la *Loi canadienne sur la santé* en ce qui concerne les services dits «nécessaires». Ces deux régimes consacrent, pour les services qu'ils visent spécifiquement, la prise en charge complète par l'État des frais qui y sont liés.¹⁶¹

156. *Ibid.*, art. 452 et s.

157. Il semble toutefois que ces pouvoirs ne sont que très rarement utilisés : voir *supra* note 25.

158. Cet avis semble être partagé par Me Ghislaine Gosselin, directrice des affaires juridiques à l'Association des hôpitaux du Québec, selon ce qui ressort du compte rendu d'un colloque ayant pour thème «La privatisation des services de santé : approche de solution ou amorce d'un problème?», organisé par la Société de médecine et de droit du Québec, *Bulletin*, mars 1997 à la p. 3. L'exposé de Me Gosselin aurait fait ressortir que «les modalités d'obtention de l'acte constitutif de même que l'obligation de détenir un permis sont [...] des obstacles majeurs au développement de centres hospitaliers privés au Québec».

159. L.A.-M., *supra* note 17.

160. L.A.-H., *supra* note 122.

161. Le nouveau régime d'assurance-médicaments représente un cas particulier qui ne peut être traité de la même façon que les deux autres régimes institués par l'État. En effet, si la *Loi sur l'assurance-médicaments et modifiant diverses dispositions législatives*, L.R.Q., c. A-29.01, art. 2 [ci-après «L.A.-Med.»] vise à instituer une couverture universelle, elle n'instaure pas comme tel un régime public d'assurance. Le fait est qu'elle vise à obliger tous les citoyens, sauf ceux identifiés à l'article 15, à adhérer, pour eux-mêmes, leur conjoint et leurs enfants, à une police d'assurance privée collective pour les services et les produits pharmaceutiques (art. 16-18). La couverture devant être offerte doit au minimum répondre

Le régime d'assurance-maladie prévoit le financement public des services requis au point de vue médical, en plus d'établir la gratuité pour certains services dentaires et optométriques de même que pour l'obtention, l'ajustement, le remplacement ou la réparation de certains appareils ou prothèses visant à pallier un handicap.¹⁶² Les services couverts peuvent, pour la plupart,¹⁶³ être rendus en établissement ou en cabinet privé. La couverture prévue est universelle, en ce sens qu'elle vaut pour tous les résidents québécois, même lorsqu'ils séjournent à l'extérieur du Québec.¹⁶⁴ Elle vaut également pour les citoyens canadiens non-résidents, de passage dans la province.¹⁶⁵ À noter que les services couverts sont ceux dispensés par les professionnels «participants» ou «désengagés», lesquels ne peuvent recevoir des honoraires autres que ceux prévus à l'entente entre leur organisme représentatif et la Régie de l'assurance-maladie du Québec.¹⁶⁶ Pour leur part, les professionnels qui se sont déclarés

aux exigences du «régime général», lequel prévoit le paiement d'une prime, d'une franchise et d'une coassurance (art. 7 à 14). Dans cette perspective, cette loi se présente davantage comme une «Loi sur l'adhésion obligatoire à une couverture minimale d'assurance-médicaments privée». La question de la possibilité de développer des services parallèles ne se pose donc pas de manière générale. Elle peut se poser par ailleurs dans le cas particulier des personnes visées à l'article 15, soit les prestataires de la sécurité du revenu, les personnes âgées à faibles revenus et les personnes qui ne bénéficient pas, de par leur lien d'emploi et leur appartenance à un groupe professionnel, d'une assurance de groupe. Ces personnes n'ont d'autres choix que d'être assurées auprès de la R.A.M.Q. C'est alors à la L.A.-M., *supra* note 17, art. 3 al. 3 et 4 qu'il faut se référer pour envisager la perspective de développement de services parallèles puisqu'elle traite des services et produits ainsi couverts par la R.A.M.Q. en termes de «services assurés». L'analyse de cette dernière Loi, dans le cadre de la présente partie, sera donc pertinente en regard des services et produits pharmaceutiques offerts par le système public aux personnes visées par l'article 15 de la L.A.-Med.

162. L.A.-M., *ibid.*, art. 1 a) et 3.

163. Les services pharmaceutiques visés par le régime d'assurance-maladie sont ceux rendus en officine privée. C'est le régime d'assurance-hospitalisation qui prévoit la couverture de ces services lorsqu'ils sont rendus par un centre hospitalier, puisque les pharmaciens qui y oeuvrent sont des salariés, contrairement à la plupart des médecins et dentistes : L.A.-H., *supra* note 122, art. 3. Pour les services destinés aux personnes hébergées, il faut se référer aux modalités prévues par les articles 83 L.S.S.S.S., *supra* note 16 et 346 R.A.L.S.S.S.S., *supra* note 141.

164. Voir les conditions : L.A.-M., *supra* note 17, art. 1 g.1), 5-7, 10; *Règlement sur l'admissibilité et l'inscription des personnes auprès de la Régie de l'assurance-maladie du Québec*, R.R.Q., c. A-29, r. 0.01, art. 4-7 [ci-après «R.A.I.R.A.M.Q.»].

165. Voir les conditions : L.A.-M., *ibid.*, art. 1 g.1), 8; R.A.I.R.A.M.Q., *ibid.*, art. 2, 7.1.

166. L.A.-M., *ibid.*, art. 1 c), d), 12, 22 al. 4, 31.

«non participants» peuvent facturer entièrement leurs services directement aux patients, sans que ces derniers ne puissent se faire rembourser par la R.A.M.Q.¹⁶⁷ Toutefois, fait important à considérer, un professionnel ne peut scinder sa pratique de manière à ce qu'il puisse, à certains moments, rendre des services assurés dans un cadre de participation ou de désengagement, et, à d'autres, dans un cadre de non-participation.¹⁶⁸

C'est surtout en vertu de ce cadre de non-participation que, de prime abord, l'on peut établir que le régime québécois de financement public des services des professionnels de la santé n'est pas impératif.¹⁶⁹

Cependant, les contraintes relatives à une pratique s'inscrivant dans un tel cadre ne sont pas sans importance. D'abord, et surtout, il faut compter avec l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie* à l'effet que :

«Nul ne doit faire ou renouveler un contrat d'assurance ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat d'assurance par lequel un service assuré est fourni ou le coût d'un tel service est payé à une personne qui réside ou est réputée résider au Québec ou à une autre personne pour son compte, en totalité ou en partie.»

Voilà qui compromet grandement les opportunités pour les individus d'avoir accès aux services des professionnels visés et, incidemment, pour ces derniers, celles de développer une pratique rentable sur la base d'une tarification privée.

Un autre écueil est celui du mécanisme par lequel le ministre de la Santé et des Services sociaux peut, lorsque l'accessibilité aux services assurés est compromise, contraindre un certain nombre de professionnels non participants à rendre des services couverts par le régime.¹⁷⁰ Il faut par ailleurs

167. *Ibid.*, art. 1 e), 26.

168. *Ibid.*, art. 1 e). Cette disposition est à l'effet que **tous** les patients d'un professionnel non participant doivent assumer seuls le paiement des honoraires. Voir également l'article 36 de la même Loi.

169. À noter par ailleurs que tous les résidents du Québec ont l'obligation de s'inscrire auprès de la R.A.M.Q., sous peine de sanctions pénales : *ibid.*, art. 9, 76.

170. *Ibid.*, art. 30-35.

comprendre que, même si ce pouvoir devait être utilisé, il n'aurait pas nécessairement pour effet d'enrayer toute forme de services rendus dans un cadre de non-participation puisque sa finalité est de rétablir l'équilibre permettant de garantir l'accessibilité pour tous aux services assurés. Il ne semble donc pas s'agir d'un pouvoir discrétionnaire visant à imposer le financement public à tous les professionnels et à tous les patients.

Le régime d'assurance-hospitalisation, pour sa part, prévoit la gratuité d'un grand nombre de services requis à l'occasion d'une hospitalisation, qu'il s'agisse des soins infirmiers et de ceux donnés par d'autres intervenants, de l'hébergement en salle, des repas, etc.¹⁷¹ Le régime prévoit également la gratuité d'un bon nombre de services externes.¹⁷² Comme dans le cas de l'assurance-maladie, les critères d'universalité et de transférabilité sont respectés en ce que le régime offre une protection pour tous les résidents québécois, qu'ils soient à l'intérieur ou à l'extérieur des frontières de la province,¹⁷³ et pour les citoyens des autres provinces séjournant au Québec.¹⁷⁴

Les services visés sont ceux rendus par tous les centres hospitaliers, publics¹⁷⁵ ou privés.¹⁷⁶ Dans le cas de ces derniers cependant, les services externes et ceux de radiothérapie et de physiothérapie ne sont pas couverts .

Le régime d'assurance-hospitalisation ne prévoit pas pour les centres hospitaliers l'équivalent d'un cadre de non-participation, comme celui existant

171. L.A.H., *supra* note 122, art. 1 c), 2; Voir également l'article 3 a) du *Règlement d'application de la Loi sur l'assurance-hospitalisation*, R.R.Q., c. A-28, r. 1 [ci-après «R.A.L.A.-H.».]
172. R.A.L.A.-H., *ibid.*, art. 3 b).
173. *Ibid.*, art. 14 et 15
174. *Ibid.*, art. 1 m).
175. *Ibid.*, art. 1 b).
176. *Ibid.*, art. 19.

pour les professionnels dans le cas de l'assurance-maladie. Conséquemment, l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* est à l'effet que :

«Nul ne doit faire ou renouveler un contrat ou effectuer un paiement en vertu d'un contrat par lequel :

- a) un service hospitalier compris dans les services assurés doit être fourni à un résident ou le coût doit lui en être remboursé;
- b) l'hospitalisation d'un résident est la condition du paiement; ou
- c) le paiement dépend de la durée du séjour d'un résident comme patient dans une installation maintenue par un établissement visé dans l'article 2.»

Il ne s'agit donc pas ici d'une interdiction comme celle qu'on retrouve en matière d'assurance-maladie, laquelle ne vise que les contrats d'assurance. Ici, l'interdiction formulée n'a pas seulement un effet «dissuasif». Il s'agit d'une prohibition absolue dont la contravention peut entraîner des sanctions pénales, pour l'une et l'autre des parties à un contrat visé.¹⁷⁷ En somme, il appert que l'État a opté pour l'imposition du financement public pour tous les services hospitaliers qu'il a identifiés.

Au terme de cette revue du cadre juridique canadien et québécois, il importe de distinguer les deux types d'entraves au développement de services parallèles qu'il prévoit.

Le premier type serait celui des interdictions formelles, soit celles pouvant être identifiées au terme d'une interprétation possible des conditions de la *Loi canadienne sur la santé*, ainsi que celles issues des régimes québécois d'assurance-maladie et d'assurance-hospitalisation en ce qui concerne la

177. L.A.-H., *supra* note 122, art. 15.

possibilité d'obtenir des services par le biais d'une source de financement autre que celles qu'ils prévoient. Une sous-distinction pourrait être effectuée entre les deux formes d'interdictions observées. D'une part, les interdictions absolues comme celle pouvant résulter d'une interprétation possible de la Loi canadienne et celle du régime d'assurance-hospitalisation. D'autre part, une interdiction ayant un effet dissuasif, comme celle prévue au terme du régime d'assurance-maladie, laquelle permet d'obtenir des services auprès d'un médecin non participant mais sans qu'il soit par ailleurs possible de bénéficier d'une couverture d'assurance privée à l'égard des frais impartis.

Le deuxième type d'obstacles est celui qui découle des pouvoirs discrétionnaires attribués à des autorités publiques. On pense ici au pouvoir relatif à la délivrance de permis d'établissements et à celui permettant de «conscire» des médecins non participants en vue d'assujettir leur pratique aux modalités de financement prévues par le régime d'assurance-maladie. Ici, c'est le critère qui préside à la prise de décision qui permet d'effectuer une sous-distinction. Dans le premier cas, se trouve un critère d'intérêt public qui, tel qu'appliqué, semble donner prise à ce qu'une position de principe contre le développement de services parallèles ait préséance. Dans le deuxième, le critère posé est plus précis et relève clairement d'une préoccupation de sauvegarde de la capacité du système public de répondre aux besoins de la population.

Cet exercice de classification trouvera son utilité dans le cadre des étapes ultérieures de la démarche proposée, notamment la prochaine qui consiste à soumettre les obstacles à une analyse sous l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.¹⁷⁸ Le choix de cet article n'est pas anodin. De fait, c'est celui qui, en l'espèce, apparaît le plus pertinent pour apprécier l'impact des entraves visant les services parallèles sur les citoyens. Il constitue également un terrain fertile pour envisager les perspectives de coexistence des valeurs collectives et des préoccupations individuelles dont il a été question précédemment.

178. Charte canadienne, *supra* note 14.

2. Les obstacles au développement de services parallèles et l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*

2.1 La protection offerte aux individus par les droits édictés à l'article 7 de la Charte

S'il ne fait aucun doute que les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité comptent parmi les plus importants de la Charte canadienne,¹⁷⁹ leur portée n'est évidemment pas large à ce point que toute limite imposée aux actions individuelles doive être perçue comme constituant une atteinte. Le constat qu'une telle limite existe n'amènera pas toujours les tribunaux à conclure à une atteinte, à en vérifier la conformité avec les principes de justice fondamentale et, ultimement, à exiger du législateur qu'il montre «patte blanche» en se justifiant sous l'article 1. Il se trouve en effet que la protection offerte par ces droits n'est pas absolue. Le législateur possède donc une certaine marge de manoeuvre dans le cadre de la première étape d'analyse de l'article 7, laquelle, selon la méthode développée dans les affaires *Singh*¹⁸⁰ et *Motor Vehicle Act*,¹⁸¹ exige que l'on détermine s'il y a atteinte ou non à l'un des droits énoncés.

C'est ainsi que pour apprécier la marge de manoeuvre dont l'État peut se prévaloir en matière de santé, il importe d'abord de circonscrire l'étendue de la protection offerte au terme des droits à la vie, à liberté et à la sécurité. Cela étant fait, il s'agira ensuite d'identifier, de manière assez précise, les effets des obstacles au développement de services parallèles qui pourraient constituer une atteinte aux droits énoncés à l'article 7.

179. *Ibid.*

180. *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 [ci-après «Singh»].

181. *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486 [ci-après «Motor Vehicle Act»].

2.1.1 Quelques considérations préliminaires concernant la protection offerte

Les droits énoncés à l'article 7 ne semblent pas, pour l'heure, pouvoir être présentés comme emportant une obligation pour l'État d'assurer lui-même l'accessibilité aux services de santé. Toutefois, une fois que l'État a décidé d'exercer de telles responsabilités, notamment par la mise sur pied d'un système public, il doit le faire de manière à ce que, tant au niveau des objectifs qu'il poursuit que des effets de ces interventions, les droits constitutionnels dont peuvent se prévaloir les citoyens soient respectés. Ce n'est qu'à l'égard des prestataires qu'il peut user de moins de précaution puisque la protection offerte par l'article 7 à l'égard de leurs activités est plutôt limitée.

2.1.1.1 Un État libre de définir lui-même l'étendue de ses responsabilités sociales

Une analyse portant sur les garanties offertes par l'article 7 en ce qui concerne l'accès aux services de santé dans un contexte de diminution des ressources, conduit inévitablement à se poser la question suivante : y-a-t-il une obligation faite à l'État d'assurer la disponibilité des services nécessaires à la préservation de la vie et de la sécurité des individus? Il s'agit là, en fait, de déterminer si l'article 7 énonce des droits positifs ou négatifs.¹⁸²

La réponse à cette question s'avère importante pour les fins de l'analyse en cours. En effet, si une interprétation favorable à la portée positive devait prévaloir, elle pourrait reléguer au second plan le débat sur la pertinence des limites au développement de services parallèles. Les préoccupations visant un accès satisfaisant aux services de santé pourraient alors être canalisées vers des contestations judiciaires des mesures de désengagement de l'État plutôt que vers une remise en question du cadre monopolistique du système. Dans une perspective de réclamation individuelle, les personnes dont les besoins en matière de services sont actuellement laissés sans réponse au terme de l'offre du

182. C'est en ces termes que la question est posée par P. Garant, «Droits fondamentaux et justice fondamentale (article 7)» dans G. A. Beaudoin et E. P. Mendes (dir.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 3e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996, 383 aux pp. 423-424.

système public, pourraient, en quelque sorte, faire valoir une forme de créance auprès de l'État pour obtenir ce qui leur paraît essentiel et raisonnable plutôt que de revendiquer l'accès aux services parallèles.

Pour l'heure, il semble qu'il y ait deux courants d'interprétation qui s'affrontent quant à la portée positive ou négative des droits énoncés à l'article 7.

Le premier, qui semble prédominer¹⁸³ en privilégiant la portée négative, prend en compte une règle énoncée par la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*.¹⁸⁴ Dans cette affaire, la portée du droit à la sécurité a semblé être restreinte aux seuls cas impliquant des interventions étatiques constituant des atteintes et non pas aux «omissions» étatiques face à une menace provenant d'un élément extérieur, comme la grossesse ou, peut-on l'envisager, la maladie.¹⁸⁵

La décision rendue dans l'affaire *Irwin Toy*¹⁸⁶ est également considérée du fait que la Cour suprême y a posé la règle générale voulant que l'article 7 ne confère pas une protection à caractère économique aux individus.¹⁸⁷ Cette précision est mise de l'avant parce qu'une éventuelle obligation pour l'État d'assurer l'accessibilité des services, en assumant lui-même la prestation des

183. Voir les analyses effectuées par les observateurs suivants : «G.T.S.S.A.B.C.», *supra* note 42 aux pp. 21-28; B. F. Windwick, «Health-Care and Section 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms», (1994) 3 :1 *Health L. Rev.* 20 aux pp. 20-21.

184. Voir les propos du juge Beetz dans l'affaire *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30 à la p. 90 [ci-après «Morgentaler»]. En lien avec ces propos, voir ceux qu'avaient tenus le juge Dickson dans l'affaire *Hunter c. Southam*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 156 : «[La Charte] vise à empêcher le gouvernement d'agir à l'encontre [des] droits et libertés; elle n'autorise pas en soi le gouvernement à agir.»

185. C'est précisément cet argument, qui découle d'une interprétation de l'article 7 sous l'angle des «libertés» plutôt que sous l'angle des «droits», qui amène le G.T.S.S.A.B.C. (*supra* note 42 à la p. 28) à conclure qu'«il n'existe pas un droit aux soins de santé que garantirait la *Charte canadienne des droits et libertés*».

186. *Irwin Toy Ltd c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927 [ci-après «Irwin Toy»].

187. Cette exclusion a été reprise par le juge Lamer dans une opinion formulée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123 aux pp. 1162-1180. Elle avait également été énoncée de manière très claire par le juge McLachlin, alors qu'elle siégeait à la Cour d'appel de l'Alberta, dans l'affaire *Whitbread c. Walley*, (1988) 51 D.L.R. (4th) 509 (C.A.C.-B.). Voir ce qu'en dit Windwick, *supra* note 183 à la p. 21.

services ou en instaurant des modalités de financement permettant aux individus de se les procurer, est surtout envisagée sous l'angle économique.¹⁸⁸ Il semble ainsi qu'une revendication visant à ce que l'État assume «gratuitement» la prestation de services, donc sans obligations financières immédiates pour les consommateurs, ou d'exiger qu'il mette sur pied un régime public d'assurance pour en couvrir les frais, constitue une revendication à caractère économique. Dès lors, l'absence d'une protection à ce chapitre, aux termes des droits en cause, est perçue comme signifiant une absence d'obligation étatique en matière de financement des services requis par les individus.

En vertu de ce courant d'interprétation négatif, il semble qu'il n'y aurait qu'une possibilité de contestation fondée sur l'article 7 face à des décisions gouvernementales ayant pour effet de réduire l'offre du système public.¹⁸⁹ Cette possibilité semble reposer sur le raisonnement suivant : l'État n'a pas l'obligation de rendre accessibles les services de santé mais, s'il le fait, il doit s'assurer de respecter certaines exigences procédurales quant à l'application des règles qui gouvernent leur accès.¹⁹⁰

Voilà qui fait en sorte que, s'il était établi qu'une décision d'allocation des ressources avait pour effet de porter atteinte à l'un des droits énoncés, la procédure ayant conduit à cette décision pourrait être contestée dans la mesure où les règles d'équité procédurale auxquelles renvoient les principes de justice fondamentale n'avaient pas été respectées.¹⁹¹ Si alors l'atteinte était jugée non conforme aux principes de justice fondamentale, l'État aurait évidemment la

188. C'est à cette conclusion qu'en arrive Windwick, *ibid.* aux pp. 22-23. L'auteur réfère notamment à une analyse judiciaire de l'article 7 mettant en cause une question relative à la prestation de services de santé : *Ontario Nursing Homes Association c. Ontario*, (1990) 72 D.L.R. (4th) 166 (C.S. Ont.). Voir également les analyses judiciaires privilégiant la portée négative de l'article 7 dans des affaires concernant des questions de sécurité sociale : *Gosselin c. Québec (procureur général)*, (1992) R.J.Q. 1647 (C.S.) [ci-après «Gosselin»]; *Elliot c. Director of Social Services*, (1982) 17 Man. R. (2d) 350; *Manitoba Society of Seniors Inc. c. Greater Winnipeg Gas.*, (1982) 18 Man. R. (2d) 440 (C.A.Man.).

189. Voir ce que soumet le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 48-63.

190. Ainsi, la conclusion du G.T.S.S.A.B.C. (*ibid.* à la p. 63) est la suivante : «Si la Charte ne garantit pas un droit aux soins de santé, elle impose la protection procédurale qui préside à la distribution équitable des services de santé.»

191. Voir les développements sur les exigences d'équité procédurale à l'égard des décisions de «politique publique», voir ci-dessous partie 2.2.1.

possibilité de se justifier sous l'article premier de la Charte, en établissant notamment qu'il a fait un effort sérieux pour porter atteinte le moins possible aux droits des individus visés.¹⁹² Cela revient à dire qu'en autant que les gouvernements procèdent adéquatement aux consultations requises lorsqu'il est question de sabrer dans ce qu'on appelle le «panier de services», et en autant qu'ils définissent avec soins les coupes à effectuer de manière à épargner les plus défavorisés, ils pourront effectivement se défaire de leurs responsabilités en matière de santé. Ainsi, si élevées soient-elles, ces exigences n'ont pour effet que d'imposer une procédure équitable et rigoureuse à l'égard des mesures de désengagement de l'État en matière de santé. Elles n'interdisent donc pas un tel désengagement.

L'autre courant d'interprétation, favorable à la portée positive, soit à une véritable obligation étatique d'assurer l'accessibilité aux services de santé, a déjà suscité l'adhésion de plusieurs observateurs.¹⁹³ Ceux-là peuvent profiter d'une porte laissée ouverte, notamment dans l'affaire *Irwin Toy*,¹⁹⁴ pour que certains droits économiques essentiels à la sauvegarde de la vie et de la sécurité puissent bénéficier d'une protection sous l'article 7.¹⁹⁵

192. Pour des développements plus précis sur le critère d'atteinte minimale : voir ci-dessous partie 3.3.

193. Voir notamment la position de la Commission de réforme du droit du Canada, *Le traitement médical et le droit criminel*, document de travail no 26, Ottawa, Commission de réforme du Canada, 1980 aux pp. 6-7. La Commission est d'avis que «le droit à la sécurité de la personne signifie non seulement la protection de l'intégrité physique, mais encore le droit aux choses nécessaires à la vie...». Le juge Wilson avait référé à cette position, en évitant par ailleurs de se prononcer clairement sur son bien-fondé, dans l'affaire *Singh*, *supra* note 180 à la p. 207. Voir également M. JACKMAN, «The Right to Participate in Health Care and Health Ressource Allocation Decision under Section 7 of the Canadian Charter», (1995) 4 :2 *Health L. Rev.* 3 [ci-après «Right to Participate»].

194. *Irwin Toy Ltd*, *supra* note 186 à la p. 1003. Voir également l'affaire *Singh*, *ibid.*

195. En ce sens, voir les affaires suivantes : *Collard c. Québec (Procureur général)* (26 septembre 1990), Québec 200-05-001140-909, J.E. 90-1646 (C.S.); *Wilson c. Medical Services Commission of British Columbia*, (1988) 53 D.L.R. (4th) 171 (C.A.C.-B.) [ci-après «Wilson»]. Voir également ce qu'en dit Jackman dans les articles suivants : «Right to Participate», *supra* note 193 aux pp. 3-5; «Regulation of Private Health Care», *supra* note 89 aux pp. 56-58. Enfin, voir l'analyse de J. D. Whyte, «Fundamental Justice», (1983) 13 *Man. L.J.* 455 à la p. 477.

Aussi, pour soutenir l'interprétation positive, il est proposé de considérer le contexte prévalant au moment de l'adoption de la Charte et son évolution. Ce contexte a été fortement marqué par la présence d'un système public de santé reposant en grande partie sur le principe de l'accessibilité, de même que l'adhésion du Canada à des instruments internationaux de protection des droits à caractère socio-économiques.¹⁹⁶ Au nombre de ces instruments, on compte la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*¹⁹⁷ dont l'article 25 consacre le droit des personnes aux soins médicaux et à la sécurité en cas de maladie et d'invalidité. Il y a également le *Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*,¹⁹⁸ dont l'article 12 d) est à l'effet que les États signataires s'engagent à créer «des conditions propres à assurer à tous des services médicaux et une aide médicale en cas de maladie».

Dans ce débat sur la portée des droits individuels, on retrouve les émanations des deux conceptions traditionnelles et diamétralement opposées de ce que doit être le rôle de l'État : l'une restrictive, peut-être inspirée par certains courants de pensée qui prévalent chez nos voisins américains; l'autre plus interventionniste, associable aux positions de certains milieux intellectuels, syndicaux et politiques canadiens favorables à «l'État-providence».

En prenant bien soin d'éviter d'appuyer l'une ou l'autre de ces vues quasi séculaires, ce qui n'est évidemment pas l'objet de la présente démarche, qu'il nous soit tout de même permis de suggérer qu'il est possible de soutenir la portée positive des droits à la vie et à la sécurité tout en évitant d'imposer à l'État le rôle de «pourvoyeur providentiel» et tout en n'assoyant pas les revendications qui pourraient en découler sur des considérations économiques.

196. «Right to Participate», *ibid.* note 193 à la p. 3 : l'auteure s'appuie sur les propos du juge Dickson dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd* (*infra* note 207 à la p. 344) selon lesquels la Charte «doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés». Voir également comment on réfère aux instruments internationaux auxquels a adhéré le Canada, dans G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 21-28.

197. Doc. N.U. A/810, p. 71 (1948).

198. (1976) 943 R.T.N.U. 13. Le Canada y a adhéré en 1976 : [1976] R.T. Can. no 46. Cette même année, le Québec y a adhéré par voie de ratification : R.E.I.Q. 1976 (3).

Ainsi, le fait de reconnaître que l'État doit veiller à ce que les services de santé soient accessibles aux citoyens ne conduit pas nécessairement à dire que les modalités de ces services doivent répondre, en tout et pour tout, à des conditions aussi généreuses que, par exemple, celles actuellement prévues par la *Loi canadienne sur la santé*. Il est en effet possible de distinguer, d'une part, une éventuelle obligation étatique de protéger activement la sécurité des individus et, d'autre part, la marge de manoeuvre devant être laissée aux élus quant à la définition des moyens à prendre, et pouvant l'être compte tenu du contexte politique et économique, pour y arriver.¹⁹⁹ On peut, en effet, concevoir qu'un droit positif à l'accessibilité qui découlerait du droit à la vie ou à la sécurité ne signifierait pas nécessairement «gratuité», et que des organisations prestataires ne relevant pas de l'État puissent assurer la prestation des services.

Cette façon d'aborder la question est proche de celle qui transparaît à la lecture de l'article 45 de la Charte québécoise,²⁰⁰ lequel prévoit que «toute personne dans le besoin a droit, pour elle et sa famille, à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, prévues par la loi, susceptibles de lui assurer un niveau de vie décent». Bien qu'ici, la source créatrice de l'obligation faite à l'État demeure les divers textes législatifs instaurant les programmes sociaux,²⁰¹ on y voit tout de même poindre la distinction entre le droit positif à la protection et la discrétion laissée à l'État dans la définition des modalités de ses politiques sociales.

Une telle conception positive des droits en cause serait ainsi satisfaite d'une mesure étatique semblable à celle qu'a récemment prise le Québec en mettant sur pied un régime universel d'assurance-médicaments.²⁰² Il pourrait en effet être soutenu qu'en prévoyant des mesures destinées à assurer à tous les citoyens «un accès raisonnable et équitable aux médicaments requis par l'état de santé des personnes»,²⁰³ l'État s'est acquitté de ses obligations en regard des

199. C'est notamment ce que suggère S. Philips-Nootens, «Le droit aux services de santé au Québec : Mutation ou désincarnation?, Quelques réflexions en forme de points d'interrogation», *L'Agora*, avril-mai 1994.

200. *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., c. C-12.

201. *Lévesque c. P.G. Québec*, [1988] R.J.Q. 223; *Gosselin*, *supra* note 188.

202. Voir la description de ce régime, *supra* note 161.

203. *L.A.-Med.*, *supra* note 161, art. 2.

droits à la vie et à la sécurité, même si, au bout du compte, ce sont presque exclusivement les individus qui assument les responsabilités de financement qui découlent du régime.²⁰⁴

Cela étant proposé, il nous faut prendre acte du fait que la conception qui semble prévaloir pour l'instant est défavorable à la portée positive des droits énoncés à l'article 7. Ce constat confirme ainsi la pertinence de l'analyse en cours puisque la solution juridique aux lacunes, observables ou appréhendées, du système public ne réside pas dans un exercice visant à faire valoir les obligations constitutionnelles positives de l'État, mais bien dans une démarche questionnant la conformité des mesures qu'il a instituées en vue de limiter l'offre de services disponible à celle du système public.

2.1.1.2 Au-delà des dogmes, la prise en considération des lacunes du système public

Vues au travers du prisme de la rhétorique juridico-politique du système public, il ne vient pas spontanément à l'esprit que les entraves au développement des services parallèles puissent porter atteinte à l'un des droits prévus à l'article 7. Ces entraves sont effectivement toutes issues de textes législatifs poursuivant le noble objectif de favoriser l'accès aux services de santé pour toute la population et ce, sur la base de modalités fort généreuses.

Ainsi, comme l'a déjà fait valoir une commentatrice :

«[...] in light of the accessibility and comprehensiveness of the current public system, it is unlikely that a right to health care would be read so expansively as to entitle an individual to demand unlimited freedom of access to services or to choice of providers, free from any restrictions. In other words, it is unlikely that section 7 could be successfully invoked to challenge existing provisions of the *Canada Health Act*, or to challenge further restrictions on access to private

204. Le nouveau régime devrait même constituer une source d'épargne pour le gouvernement, en comparaison du coût des mesures partielles qui existaient auparavant. Voir ce que rapporte Gilles NORMAND, «Si l'assurance-médicaments est reportée, 200 millions seront récupérés ailleurs», *La Presse [de Montréal]* (6 juin 1996).

health care services, on the grounds that such restrictions amount to a deprivation of the right to health care.»²⁰⁵

Ainsi donc, puisque les citoyens bénéficient des «largesses» d'un État qui a créé et maintenu un système public qui se veut complet et universellement accessible, il faudrait dès lors accepter que ces citoyens ne peuvent exiger d'avoir accès à «autre chose» sous l'article 7. Voilà qui reflète bien, peut-on le penser, la conception qui prévaut dans certains milieux à l'effet que le système public canadien et québécois constitue une sorte de «vache sacrée» à laquelle on ne peut en aucun cas s'attaquer. Il s'avère en effet que pour plusieurs, ce système est beaucoup plus qu'un simple programme étatique comme il en existe bien d'autres dans plusieurs secteurs d'activités où les gouvernements ont cru utile d'intervenir. C'est notamment ce que le Forum national sur la santé a pu observer puisque les participants à ses travaux établissaient un lien très clair entre le système de santé, la «fierté nationale et l'identité canadienne».²⁰⁶

Faut-il donc, de manière préliminaire, écarter toute possibilité de contestation des impacts qu'ont les entraves au développement de services parallèles sur les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité? La réponse à cette question exige que soit considérée la méthode d'analyse devant être suivie lors d'un examen portant sur les droits prévus par la Charte. Ainsi, il s'avère utile de référer aux propos du juge Dickson, dans l'affaire *Big M Drug Mart Ltd*²⁰⁷ :

«[...] le premier critère à appliquer dans la détermination de la constitutionnalité est celui de l'objet de la loi en cause et que ses effets doivent être pris en considération lorsque la loi examinée satisfait ou, à tout le moins, est censée satisfaire à ce premier critère.

[...] Donc, si de par ses répercussions, une loi qui a un objet valable porte atteinte à des droits et libertés, il serait encore possible à un plaideur de tirer argument de ses effets pour la faire déclarer inapplicable, voire même invalide.»²⁰⁸

205. «Regulation of Private Health Care», *supra* 89 à la p.57.
206. «Rapport sur les valeurs», *supra* note 44 aux pp. 10-12.
207. *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295 [ci-après «Big M»].
208. *Ibid.* à la p 334.

Voilà qui suggère que, pour les fins de la présente analyse, il faut aller au-delà de la rhétorique dans laquelle s'inscrivent les entraves. Il faut éviter de se laisser aveugler par le caractère préalablement généreux des assises juridiques du système public et par le symbole politique, voire patriotique, qu'il représente. Il faut, en somme, en arriver à prendre en compte la réalité, soit celle des effets d'un système public potentiellement déficient, que ce soit en raison d'un manque de ressources pour répondre à des besoins accrus ou d'une mauvaise gestion des ressources existantes.²⁰⁹

Bien sûr, la démarche ne doit pas reposer sur une prémisse voulant que le système public devrait répondre parfaitement, en tout temps et en tout lieu, à la multitude de besoins et d'attentes que peuvent entretenir les citoyens à son endroit. On ne peut certes s'attendre à ce qu'un programme public, ou même privé du reste, ne comporte aucune faille. Nul n'étant tenu à la perfection, y compris l'État, il nous faut donc uniquement considérer les effets attribuables aux lacunes du système public qui entrent véritablement dans le champ de la protection des droits édictés à l'article 7. Pour le reste, si une quelconque atteinte est effectivement relevée et qu'elle s'avérait, dans une seconde étape d'analyse, non conforme aux principes de justice fondamentale, l'État aurait ultérieurement la latitude nécessaire pour se justifier sous l'article premier, en faisant valoir notamment les contraintes, fort nombreuses à n'en pas douter, avec lesquelles il doit composer dans la mise en oeuvre de ses programmes publics.

Tels qu'antérieurement décrits,²¹⁰ les effets attribuables aux situations où la capacité de réponse du système public n'est pas suffisante peuvent être très sérieux. C'est du moins le cas si l'on considère que les individus peuvent alors se voir carrément privés des services qu'ils requièrent ou, encore, privés d'une capacité de choix, puisqu'ils ne peuvent, dans l'état actuel des choses, accéder à une offre de services parallèles.

209. Sur les causes des ratés du système : *infra*, partie 3.2.

210. Voir ci-dessus partie 1.1.1.

2.1.1.3 L'inapplicabilité des droits aux prestataires

Même avec une préoccupation axée sur l'accès aux services parallèles pour les individus qui ne trouvent pas une réponse adéquate à leurs besoins auprès du système public, il est pertinent de s'interroger sur l'impact qu'ont les obstacles déjà identifiés sur les droits des prestataires. Ainsi, l'accès aux services parallèles présuppose évidemment que de tels services existent et, conséquemment, que des prestataires sont autorisés à les rendre disponibles. La démarche sous l'article 7 peut ainsi consister à déterminer en quoi les obstacles en cause portent atteinte aux droits des prestataires.

Certains pourraient concevoir que la liberté de ces prestataires est compromise du fait qu'ils peuvent se voir empêchés d'entreprendre certaines activités en marge du système public ou, à tout le moins, ne peuvent le faire dans un contexte favorable. Il pourrait également être soutenu que les contraintes relatives à ces activités constituent une menace à la sécurité économique de ceux qui souhaiteraient s'y adonner pour «gagner leur vie».

Selon toute vraisemblance, de telles allégations ne sont pas susceptibles d'être reçues favorablement par les tribunaux.²¹¹

D'abord, elles se heurteraient à l'écueil de l'inapplicabilité des droits protégés par l'article 7 aux personnes morales, conformément à la position adoptée par la Cour suprême dans l'affaire *Irwin Toy*.²¹² Il ne s'agit là en fait que d'un écueil pour d'éventuels «promoteurs» déjà constitués en personnes morales et qui souhaiteraient étendre leurs activités au secteur de la santé. On peut envisager que l'intérêt de tels promoteurs porterait surtout sur les activités de

211. Voir ce qu'en disent les observateurs suivants : G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 97; «Regulation of Health Care», *supra* note 89 à la p. 57.

212. *Irwin Toy*, *supra* note 186 aux pp. 1002-1004. Voir ce qu'en dit «Regulation of Health Care», *supra* note 89 aux pp. 57-58. Voir également la critique de cette position de la Cour suprême que font Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 912. Les auteurs soulignent notamment qu'elle s'accorde mal avec l'interprétation d'autres droits de la Charte, comme celle qui a été réservée au droit à la liberté d'expression et de religion dans les affaires suivantes : *Ford c. Procureur général du Québec*, [1988] 2 R.C.S. 712; *Big M*, *supra* note 207.

prestation de services de type institutionnel, tels les services hospitaliers et les services d'hébergement et de soins de longue durée.

Resterait alors le cas des prestataires individuels, à l'égard desquels se pose la question particulière du développement parallèle de services «professionnels», tels notamment les services médicaux en pratique privée. Dans leur cas, il faudrait compter avec l'interprétation voulant que les droits énoncés ne visent pas des aspects purement économiques.²¹³ Des examens judiciaires ont en effet déjà révélé que le droit de réaliser des activités commerciales et, plus précisément, celui de «gagner sa vie», n'est pas protégé par l'article 7.²¹⁴

Voilà donc qui semble clair : Il n'est pas possible de soutenir que des individus peuvent revendiquer le droit d'offrir des services en marge du système public et qu'incidemment, l'accès à ces services ne doit pas être prohibé. À partir de là, il nous faut donc circonscrire l'analyse aux effets du statut monopolistique d'un système public détérioré sur les consommateurs de services.

2.1.2 Les droits à la vie, à la liberté et à la sécurité

Les droits énoncés à l'article 7 assurent une protection contre les mesures faisant obstacle à l'accès aux services de santé requis par l'état de santé des individus. Ils garantissent également aux individus le choix d'accès aux services et peut-être même, dans le cas qui nous intéresse, le choix des modalités par

213. *Ibid.*; voir également les affaires suivantes : *R. c. Miles of Music, L.W. 5.5.89 (C.A. Ont.)*; *Archambault c. Comité de discipline du Barreau du Québec*, (1989) R.J.Q. 688 (C.S.); *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, (1987) 30 D.L.R. (4th) 700 (C.S.C-B.); *Re Beltz and Law Society of B.C.*, (1987) 31 D.L.R. (4th) 686 (C.S.C-B.).

214. Peut-être est-il seulement possible d'envisager que les droits en question impliquent que les individus peuvent choisir une profession et son lieu d'exercice, selon ce qui ressort des décisions rendues dans les affaires suivantes : *Wilson, supra* note 195; *Mia c. Medical Services Commission of British Columbia*, (1985) D.L.R. (4th) 385 (C.A.C.-B.); *Howard c. Architectural Institute of British Columbia*, (1990) 47 C.R.R. 328 (C.S.C.-B.). Toutefois, il importe de considérer l'opinion du juge Lamer formulée dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 à la p. 1179 : «les droits visés par l'art. 7 ne s'étendent pas au droit d'exercer la profession de [son] choix».

lesquelles ils peuvent être obtenus. Cette protection, on peut l'envisager à l'égard des effets réellement subis mais aussi à l'égard de la perspective d'une privation d'accès ou de choix qui aurait pour effet de compromettre la sécurité psychologique des individus.

2.1.2.1 La privation d'accès aux services et le droit à la vie et à la sécurité

D'emblée, on conçoit que le droit constitutionnel à la vie et à sécurité de la personne implique qu'un individu ne doit pas être privé par l'État des possibilités d'accès aux services que son état de santé peut requérir.²¹⁵

Dans un premier temps, il semble aller de soi que toute entrave ayant pour effet de prohiber l'accès à des services de santé sans lesquels le décès d'un individu peut survenir, constituerait une atteinte au droit à la vie.²¹⁶ Par ailleurs, il apparaît peu probable que le droit à la vie puisse être invoqué à l'égard des services «non urgents», soit lorsque la vie n'est pas menacée de façon imminente.²¹⁷ Dans ce cas, c'est vraisemblablement le droit à la sécurité qui serait d'application pertinente.

215. À noter ici que l'analyse de la possibilité de choix ne porte que sur les services requis par l'état de santé. Il ne s'agit donc pas d'envisager le cas des services «non médicalement nécessaires» dont l'exemple le plus courant est celui des chirurgies dites «esthétiques».

216. Pour une application du droit à la vie dans un contexte de soins, voir l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society*, [1995] 1 R.C.S. 375. Voir également ce qu'en dit le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 51 [ci-après «Children's Aid Society»]. Jusqu'à maintenant, les analyse judiciaires les plus substantielles ont surtout porté sur questions relatives à la protection du fœtus : *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; [1989] R.J.Q. 1735 (C.A.); *Morgentaler*, *supra* note 184.

217. Voir ce qu'en dit Garant, *supra* note 182 à la p. 444. Une telle distinction entre les modalités d'accès aux soins requis en cas de danger imminent pour la vie et celles gouvernant les services non urgents semble d'ailleurs bien présente en droit québécois : Voir la terminologie différente utilisée dans la L.S.S.S.S., *supra* note 16 : à l'article 5, où il est question du droit général aux «services», et à l'article 7, où il est question du droit aux «soins» lorsque la vie ou l'intégrité est en danger. Voir également les commentaires de P. A. Molinari sous l'article 7 dans «Services de santé», *supra* note 140 à la p. 47. Enfin, voir les obligations spécifiques relatives aux soins d'urgence énoncées dans des lois et règlements qui n'ont pas pour but principal de régir les modalités d'accès aux services non urgents offerts par le système public : *Loi sur la protection de la santé publique*, L.R.Q., c. P-35, art. 43; *Code de déontologie des médecins*, R.R.Q., c. M-9, r.4, art. 2.03.47.

On peut alors se référer aux indications données par la Cour suprême du Canada à l'occasion de la célèbre affaire *Morgentaler*,²¹⁸ où elle avait à juger de la validité d'une disposition du *Code criminel*²¹⁹ qui avait pour effet de limiter l'accès aux services d'avortement. Le juge Beetz s'y était exprimé en ces termes :

«En règle générale, le droit constitutionnel à la sécurité de la personne doit inclure une forme de protection contre l'intervention de l'État lorsque la vie ou la santé d'une personne est en danger.

[...]

La "sécurité de la personne" doit inclure un droit au traitement médical d'un état dangereux pour la vie ou la santé, sans menace de répression pénale. Si une loi du Parlement force une personne dont la vie ou la santé est en danger à choisir entre, d'une part, la perpétration d'un crime pour obtenir un traitement médical en temps opportun et, d'autre part, un traitement médical inadéquat ou pas de traitement du tout, le droit à la sécurité de la personne est violé.»²²⁰

Aussi, la Cour suprême a spécifiquement reconnu, dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*,²²¹ que le droit à l'intégrité prévu à l'article 1 de la Charte québécoise²²² implique qu'une personne ne doit pas être privée des soins requis par son état de santé. Cette notion d'intégrité, partie prenante du concept de sécurité que l'on retrouve

218. *Supra* note 184.

219. L.R.C. 1985, c. C-46, art. 287 (inopérant).

220. *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 90. Les motifs du juge Dickson et Lamer (à la p. 50 et s.) et ceux du juge Wilson (à la p. 173 et s.) étaient concordants sur ce point.

221. [1996] 3 R.C.S. 211 aux pp. 251-253. Dans ce même sens, voir l'affaire *Samson c. Hôpital Laval* (6 juin 1991), Québec 200-05-001087-902, J.E. 91-1189 (C.S.).

222. *Supra* note 200.

à l'article 7,²²³ répugne donc à l'idée que quiconque, l'État au premier rang peut-on penser, puisse entraver l'accès aux soins de santé qu'une personne requiert.

Ces indications s'avèrent du plus haut degré d'importance afin d'envisager des situations où les insuffisances du système public sont mises en cause et impliquent qu'il est impossible d'accéder aux services dans le délai souhaitable, mettant ainsi en péril la sécurité d'un individu ou d'un groupe. Dans de tels cas, il est envisageable qu'une interdiction de développer des services parallèles auxquels des individus pourraient recourir, faute de pouvoir obtenir les soins nécessaires auprès du système public, puisse constituer une atteinte au droit à la sécurité.

Que l'on pense, par exemple, aux personnes subissant une longue attente pour une chirurgie et qui peuvent souvent avoir de bonnes raisons de croire que leur sécurité physique est compromise par les délais impartis. C'est du moins le cas à partir du moment où les délais en question excèdent celui préconisé par le médecin traitant ou, peut-être même, de manière un peu moins précise, celui à l'intérieur duquel une telle intervention devrait avoir lieu selon ce qui ressort des études et de la littérature scientifiques pertinentes.

À noter qu'au terme de l'interprétation négative prédominante du droit à la sécurité sous l'article 7, ce n'est pas dans le processus d'instauration de listes d'attente au sein du système public que réside l'atteinte, mais bien dans les prohibitions législatives en vertu desquelles ces personnes ne peuvent accéder, à leurs seuls frais, aux services chirurgicaux d'un centre hospitalier privé pouvant répondre à leurs besoins.

223. Voir l'analyse faite par le juge Nichols de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Québec (Curateur public) c. Syndicat national des employés de l'hôpital St-Ferdinand*, [1994] R.J.Q. 2761 à la p. 2800. Il n'a pas opéré de distinction entre les notions de «sûreté» et d'«intégrité» prévues à l'article 1 et a signalé, après avoir référé aux propos du juge Wilson sur l'article 7 dans l'affaire *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 166, qu'il ne «voyait aucune différence entre les deux Chartes» à ce chapitre.

2.1.2.2 La privation de choix des services et le droit à la liberté et à la sécurité

La portée du droit à la sécurité et à la liberté recouvre-t-elle des situations qui résultent non pas uniquement d'une insuffisance de services ou de délais d'accès préjudiciables dans le système public, mais aussi d'une standardisation de l'offre qui serait incontournable compte tenu de l'inexistence d'une offre parallèle? En somme, il s'agit de déterminer l'étendue des garanties offertes quant au choix que peuvent faire les individus à l'égard des services requis par leur état de santé.²²⁴

D'abord, il importe de considérer l'affaire *Rodriguez*,²²⁵ où les juges majoritaires ont interprété le droit à la sécurité comme suit :

«La notion de sécurité de la personne comprend l'autonomie personnelle, du moins en ce qui a trait au droit de faire des choix concernant sa propre personne, le contrôle de son intégrité physique et mentale, et la dignité humaine fondamentale.»²²⁶

Quant au droit à la liberté, il faut souligner que c'est au terme de sérieuses hésitations jurisprudentielles²²⁷ que la Cour suprême en est venue à privilégier la conception voulant qu'il offre une protection large, débordant les

224. Voir *supra* note 215.

225. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519 [ci-après «Rodriguez»].

226. *Ibid.* à la p. 588. Voir également ce qu'a soumis le juge Wilson dans l'arrêt *Morgentaler*, *supra* note 184 aux pp. 173-174. Il semble que cette façon de concevoir le droit à la sécurité comme posant les jalons du droit de choisir est conforme à l'interprétation réservée aux droits «homologues» de la Charte québécoise, à savoir les droits à la sûreté et à l'intégrité énoncés à l'article 1 : voir l'affaire *Lamontagne c. Corp. professionnelle des médecins du Québec* (28 mars 1995), Montréal 500-36-000042-948, J.E. 95-1015 (C.S.), en appel. La notion d'autodétermination de la personne a ainsi été intimement liée à ces droits : *Institut Philippe Pinel de Montréal c. Dion*, [1983] C.S. 438. Voir aussi ce qu'en disent Brun et Tremblay, *supra* note 61 à la p. 930.

227. Voir l'interprétation restrictive du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 aux pp. 1161-1180.

seuls aspects physiques de la personne.²²⁸ Dans cette perspective, les jalons les plus significatifs semblent avoir été initialement posés par le juge Wilson, dans les affaires *Jones*²²⁹ et *Morgentaler*.²³⁰ Dans ce dernier arrêt, elle avait tenu les propos suivants :

«[...] Un aspect du respect de la dignité humaine sur lequel la Charte est fondée est le droit de prendre des décisions personnelles fondamentales sans interventions de l'État. Ce droit constitue une composante cruciale du droit à la liberté [...] À mon avis, ce droit, bien interprété, confère à l'individu une marge d'autonomie fondamentale pour sa personne.

[...]

La liberté dans une société libre et démocratique n'oblige pas l'État à approuver les décisions personnelles de ses citoyens; elle oblige cependant l'État à les respecter.»²³¹

Cette position, adoptée par bon nombre de tribunaux inférieurs,²³² a été consolidée par la Cour suprême dans l'arrêt *B. (R.) c. Children's Aid Society*²³³ où le juge La Forest a écrit pour le compte de la majorité que :

«[...] la liberté ne signifie pas simplement l'absence de toute contrainte physique. Dans une société libre et démocratique, l'individu doit avoir suffisamment d'autonomie personnelle pour vivre sa propre vie et prendre des décisions qui sont d'importance fondamentale pour sa personne. Dans l'arrêt [*Morgentaler*], le juge Wilson a signalé que le droit à la liberté prenait racine dans les concepts fondamentaux de la

228. Voir les premières indications en ce sens données par la Cour suprême dans l'affaire *Singh*, *supra* note 180 à la p. 205.

229. *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284 aux pp. 318-319.

230. *Morgentaler*, *supra* note 184.

231. *Ibid.* aux pp. 166-167. À noter qu'il s'agissait de la seule opinion fondée sur le droit à la liberté dans cette affaire.

232. Voir notamment *Wilson*, *supra* note 195; *R. c. Robson*, (1985) 11 D.L.R. (4th) 727 (C.S.C.-B.).

233. *Supra* note 216.

dignité humaine, de l'autonomie personnelle, de la vie privée et du
choix des décisions concernant l'être fondamental de l'individu [...]»²³⁴

On peut donc concevoir, sur la base de cette interprétation du droit à la sécurité et à la liberté, que les individus doivent au moins pouvoir choisir de recourir ou non à des services de santé lorsque leur état de santé le requiert.²³⁵ Dans cette perspective limitée de «choix d'accès», on doit procéder, en quelque sorte, par raisonnement binaire. Ou bien il est possible de faire un choix entre le recours ou non à un service requis pour répondre à un besoin donné, ou bien ce ne l'est pas, et alors, si la privation de choix accès résulte d'une entrave posée par l'État, il pourrait y avoir un constat d'atteinte.

Cela étant, est-ce que le constat d'une possibilité de choix peut être fait seulement lorsqu'il n'existe aucune règle l'interdisant, ou l'assujettissant à des considérations extérieures à l'individu, ou faut-il qu'il y ait une capacité réelle d'accéder au service en temps voulu? La question se pose parce que, dans l'état actuel des choses, aucun obstacle n'existe quant au choix que peuvent faire les individus de réclamer l'accès à la gamme encore assez complète de services disponibles au sein du système public. C'est plutôt du côté de la capacité réelle d'accès que des problèmes peuvent se présenter, en raison notamment des longues listes d'attente établies pour certains services.

Voilà qui conduit à une analyse semblable à celle effectuée à l'égard de la privation d'accès résultant de l'incapacité du système à satisfaire, en temps opportun, à l'ensemble des besoins de la population. Ainsi, dans la mesure où, d'une part, les lacunes du système public ont pour effet de compromettre l'accessibilité à un service requis et, d'autre part, que ce service ne peut être rendu disponible en vertu d'une offre parallèle, non seulement peut-il y avoir privation d'accès mais également privation de choix d'accès. On peut en effet penser que, pour qu'il y ait véritablement une possibilité de choix, il devrait y

234. *Ibid.* à la p. 368. Voir également à la page 336 de ce jugement, l'opinion du juge Lamer qui s'en tient à l'interprétation restrictive.

235. Voir ce que souligne le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 53 : «L'interprétation du droit à la sécurité physique et l'interprétation faite par Mme le juge Wilson du droit à la liberté peuvent s'appliquer l'une et l'autre dans le contexte des soins de santé pour renforcer le libre choix du patient dans l'acceptation ou le refus de traitement».

avoir une véritable chance d'accès. Ce constat nous apparaît d'autant plus plausible que les tribunaux n'ont pas, nous semble-t-il, pour réputation d'être indifférent aux aspects concrets des questions qui leur sont soumises. Si l'on a jugé que, sous l'article 7, une privation de liberté doit être réelle et non pas hypothétique pour constituer une atteinte,²³⁶ il faudrait concevoir en contrepartie que le bénéfice de la liberté doit également être réel et non pas illusoire.

Cela nous conduit à établir qu'on ne pourrait systématiquement opposer à un individu qui revendiquerait l'accès aux services parallèles sur la base de son droit à la liberté de choix d'accès, qu'il peut dès maintenant se prévaloir de cette liberté puisqu'il a la possibilité de demander l'accès aux services publics. Il faudrait en plus, à notre avis, établir que le choix d'accès en question repose sur des chances raisonnables d'obtenir le service public en temps voulu.

Au-delà de la perspective de choix d'accès, on peut également aborder la question en termes de choix des «modalités»²³⁷ des services et chercher à savoir si le droit à la sécurité et à la liberté assure une protection à cet égard. Pour les fins qui nous occupent, il faut envisager les situations où les ressources du système public ne permettraient de répondre à un besoin que par des services ayant des modalités limitées, alors qu'il serait possible, si ce n'était des obstacles visant les services parallèles, qu'un prestataire privé puisse répondre à ce même besoin selon d'autres modalités.

À titre d'exemple, on peut ici penser aux situations vécues par les patients qui, à l'issue d'une chirurgie, sont desservis en mode ambulatoire, soit en recevant les services post-opératoires à domicile plutôt que, comme c'était le cas auparavant, en milieu hospitalier. Il est alors possible d'imaginer qu'un prestataire de services parallèles pourrait offrir une prise en charge traditionnelle en milieu hospitalier à un patient disposé à en assumer lui-même les coûts.

236. *Schnaibert c. M.V.A.*, (1992) 18 C.R. (4th) 244 (C.A.). Voir ce qu'en dit Garant, *supra* note 182 à la p. 449.

237. Pour les fins de l'analyse en cours, il est suffisant de définir l'expression «modalité» en référant à tout ce qui peut distinguer deux services dont la finalité est de répondre à un même besoin, de traiter une pathologie donnée, de soulager une douleur donnée, etc.

À l'égard de cette question, il nous faut considérer une proposition qui semble incontournable et qui a été formulée notamment par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien.²³⁸ Celui-ci a souligné, après avoir analysé les motifs exposés par la Cour suprême dans l'affaire *Morgentaler*,²³⁹ que si «libre choix ne signifie pas le droit d'exiger n'importe quel traitement ou tous les traitements, on peut soutenir qu'il protège contre l'ingérence abusive de l'État dans l'accès aux traitements».²⁴⁰

Cette dernière remarque est faite en regard de situations éventuelles où l'État compromettrait l'accessibilité aux services habituellement offerts par le système public par des décisions d'allocation des ressources.²⁴¹ Ainsi, elle vise à établir qu'il ne serait pas possible de contester avec succès de telles décisions en invoquant simplement une diminution de la capacité de choix entre différentes formes de services ou de traitements, en somme, entre différentes modalités. Le Groupe de travail semble avoir considéré une limite inhérente au droit à la liberté. Cette limite se justifie sans doute par référence aux contraintes de la vie en société et aux intérêts communs des individus qui la composent. C'est en ces termes que le juge La Forest s'est exprimé dans l'affaire *B. (R.) c. Children's Aid Society*²⁴² :

«[...] la liberté n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte [...] La liberté de l'individu de faire ce qu'il entend doit, dans toute société organisée, être assujettie à de nombreuses contraintes au nom de l'intérêt commun. L'État a certes le droit d'imposer de nombreuses formes de restrictions au comportement individuel et ce ne sont pas

238. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42.

239. *Morgentaler*, *supra* note 184.

240. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 53.

241. *Ibid.* aux pp. 48-51 : L'analyse effectuée par le Groupe de travail porte sur les possibilités «d'exécution forcée par l'usager» de certaines garanties que lui accorde la Charte face à d'éventuelles «décisions d'affectation de ressources médicales» au sein du système public. Elle porte en fait sur la seule possibilité de contestation envisageable fondée sur la Charte au terme de l'interprétation négative des droits énoncés à l'article 7 : *supra*, partie 2.1.1.1.

242. *Supra* note 216.

toutes les restrictions qui feront l'objet d'un examen fondé sur la
Charte.»²⁴³

Il est facile de comprendre en effet que le droit à la liberté, en lui-même, ne saurait autoriser toute forme de comportement individuel nuisible pour la collectivité. S'il en était autrement, il faudrait concevoir que toutes les règles de droit criminel qui interdisent une gamme assez large d'actions individuelles pourraient constituer une atteinte au droit à la liberté. Les limites du droit à la liberté doivent plutôt être comprises comme étant celles qui apparaissent lorsqu'on confronte l'intérêt d'un individu à agir comme il entend et celui de la collectivité d'éviter les conséquences indésirables de ces actions.

Alors, lorsqu'il est question de la gamme de services que doit offrir le système public pour répondre à un problème de santé donné, les notions d'intérêt commun et de contraintes peuvent sans doute être comprises sous l'angle de la nécessité de limiter les ressources à consacrer au système public de santé, et ce, vraisemblablement pour tenir compte du fait que la capacité de payer des contribuables est elle-même limitée. La société ne peut sans doute pas se donner collectivement, au sein du système public, tout l'éventail des services possibles et imaginables pour chaque problème de santé. Dans cette perspective, les «ingérences abusives» qui pourraient constituer des atteintes aux droits à la sécurité et à la liberté, semblent renvoyer aux seuls cas où le retrait d'un service rendrait impossible, pour certains individus économiquement défavorisés, le choix d'accès et non pas le choix des modalités.

Par ailleurs, l'analyse des effets qu'ont les entraves au développement de services parallèles sur les possibilités de choix des modalités ne peut être faite en fonction des mêmes considérations. Quelles pourraient donc être, en effet, les contraintes de société qui, spontanément, commandent d'interdire aux individus de pouvoir choisir les modalités des services de santé requis par leur état de santé, dans la mesure où ces mêmes individus sont disposés à assumer les coûts associés aux choix qu'ils font? À moins de faire intervenir immédiatement les arguments de justification qui doivent être pris en

243. *Ibid.* Des applications de cette réserve avaient pu être observées dans les affaires suivantes : *R. c. Operation Dismantle Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 441.; *R. c. Edwards Books and Art Limited*, [1986] 2 R.C.S. 713 aux pp. 785-786.

considération à l'étape de l'article 1,²⁴⁴ lesquels arguments ne nous apparaissent pas relever des exigences préalables à la «vie en société», il est difficile de trouver une réponse satisfaisante à cette question.

Il pourrait donc être indiqué, en l'espèce, de circonscrire l'analyse en fonction des seuls impératifs du droit à la sécurité et à la liberté et d'en venir à se poser la question suivante : est-ce que, pour un individu, la possibilité de choisir les modalités des services de santé relève de ce qui est d'importance fondamentale pour lui, ou encore, de ce qui participe au maintien de sa dignité ou de son autonomie quant aux questions qui touchent sa vie privée? Il nous apparaît que ce pourrait être le cas, du moins lorsque les différentes modalités parmi lesquelles un individu peut choisir comportent des différences appréciables en termes d'impacts sur son état de santé, sa qualité de vie et son bien-être. Aussi, dans la mesure où il n'y a pas de contraintes de société ou d'intérêts communs qui peuvent, d'emblée, exiger qu'on interdise à un individu de choisir les modalités des services que son état de santé requiert, s'il est disposé à assumer lui-même le coût de ce choix, on peut en venir à soutenir la proposition suivante : s'il est possible qu'un service ayant des modalités qui sont d'une importance significative pour un individu puisse être rendu disponible au sein d'une offre parallèle, une mesure étatique ayant pour effet d'empêcher qu'il puisse opter pour un tel service en assumant lui-même les frais impartis, pourrait constituer une atteinte au droit à la sécurité et à la liberté.

2.1.2.3 La perspective d'une privation d'accès ou de choix et le droit à la sécurité

Faut-il que les obstacles au développement de services parallèles emportent une privation effective d'accès ou de choix pour constituer une atteinte en regard de l'article 7, ou est-ce que la seule éventualité qu'ils puissent occasionner une telle privation s'avère-t-elle suffisante pour qu'il y ait atteinte? Il s'agit ici en somme de déterminer s'il est possible d'entreprendre une

244. Ces arguments sont ceux qui ont été identifiés dans le cadre de la partie 1.1.2 de la présente étude et seront repris dans le cadre de la partie portant sur l'article premier, voir ci-dessous partie 3.

contestation du système en regard de ses effets éventuels plutôt que sur la base des faits précis, impliquant des individus ayant déjà subi une privation.

L'arrêt *Singh*²⁴⁵ offre quelques pistes de réponses en établissant que «l'expression "sécurité de sa personne" doit englober tout autant la protection contre la *menace* d'un châtiment corporel ou de souffrance physique que la protection contre le châtiment lui-même».²⁴⁶ Il importe également de référer aux indications de la Cour suprême à l'effet que les tensions psychologiques graves découlant des interventions étatiques peuvent constituer des atteintes à la sécurité de la personne. Ainsi, le juge Lamer, dans une opinion dissidente rendue dans l'affaire *Mills c. La Reine*,²⁴⁷ avait indiqué que :

«La sécurité de la personne ne se limite pas à l'intégrité physique; elle englobe aussi celle de protection contre "un assujettissement aux vexations et aux vicissitudes d'une accusation criminelle pendante..." Celles-ci comprennent la stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale, professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.»²⁴⁸

Plus tard, dans l'arrêt *Morgentaler*,²⁴⁹ le juge Dickson a référé aux propos du juge Lamer et a ajouté que :

«Si le traumatisme psychologique infligé par l'État porte atteinte à la sécurité de la personne dans le cas plutôt limité de l'al. 11(b), on doit en tenir compte dans le cadre général de l'art. 7, où ce droit est énoncé en termes plus larges.

Je rappelle aussi que la Cour a déjà jugé, dans d'autres contextes, que l'effet psychologique de l'action de l'État a de l'importance lorsqu'on recherche si un droit garanti par la *Charte* a ou non été enfreint. Dans

245. *Singh*, *supra* note 180.
246. *Ibid.* à la p. 207.
247. [1986] 1 R.C.S. 863.
248. *Ibid.* aux pp. 919-920.
249. *Morgentaler*, *supra* note 184.

l'arrêt *R. c. Therens*, à la page 644, le Juge Le Daim estime que "L'élément de contrainte psychologique, sous forme d'une perception raisonnable qu'on n'a vraiment pas le choix, suffit pour rendre involontaire la privation de la liberté» quand il s'agit de définir le terme "détention" à l'art. 10 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a accepté les conclusions du juge Le Dain sur ce point.

[...]

L'atteinte que l'État porte à l'intégrité corporelle et la tension psychologique grave causée par l'État, du moins dans le contexte du droit criminel, constitue une atteinte à la sécurité de la personne.»²⁵⁰

Il faut ici prendre note du doute soulevé par le juge Dickson à l'effet que cette interprétation du droit à la sécurité pourrait ne viser que les règles de droit criminel.²⁵¹ De toute évidence, il est possible que le magistrat ait craint qu'en reconnaissant une protection trop large, les tribunaux soient amenés à remettre en question l'ensemble des mesures étatiques susceptibles de générer des «angoisses» chez les citoyens.²⁵²

Pour surmonter cette crainte et ainsi permettre que d'autres types de règle de droit puissent être considérés, il est sans doute important d'opérer une distinction entre les «traumatismes psychologiques graves», résultant d'appréhensions sérieuses relatives à une action de l'État, et les «simples» atteintes au bien-être physique, moral et social, trop lointaines ou hypothétiques.

Cette distinction semble être autorisée à la lumière de la décision rendue dans l'affaire *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*.²⁵³ La Cour suprême avait alors à se pencher sur une décision du gouvernement fédéral autorisant l'essai de missiles de croisière en sol canadien. Selon les prétentions des appelants, cette décision faisait en sorte d'accroître le risque de conflit nucléaire et mettait ainsi en péril leur sécurité physique. Le juge Dickson a alors conclu que «le lien

250. *Ibid.* aux pp. 35-56.

251. Voir ce qu'en dit le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 52.

252. À cet égard, voir ce que souligne P. Garant, *supra* note 182 à la p. 443.

253. *Supra* note 243.

causal entre les actes du gouvernement canadien et la violation alléguée des droits des appelants aux termes de la *Charte* est simplement trop incertain, trop conjectural et trop hypothétique pour étayer une cause d'action».²⁵⁴

Ces indications conduisent à envisager les cas où l'application des obstacles identifiés risque sérieusement de compromettre l'accès aux services ou le choix des services que requiert un individu ou un groupe d'individus qui, face à cette perspective bien réelle, serait en proie à une détresse psychologique. Un tel effet pourrait alors être perçu comme constituant une atteinte au droit à la sécurité.

L'argumentation soutenant cette prétention pourrait consister à référer spécifiquement aux personnes aux prises avec une pathologie donnée et dont l'état de santé peut dès maintenant faire l'objet d'un pronostic quasi certain de détérioration. Cette référence pourrait être faite en lien avec une preuve à l'effet que les services publics prévus pour «traiter» cette pathologie, ou pour en «soulager» les symptômes, sont déficients à un point tel que les personnes concernées ne peuvent espérer éviter des souffrances «évitable» ou, voire même, une issue fatale toute aussi «évitable».²⁵⁵ Il ne serait pas impossible alors d'établir que ces personnes, connaissant les lacunes de l'offre de services proposés par le système public à l'égard de la situation qui les attend, sont susceptibles d'être «moralement affectées» ou sinon «psychologiquement traumatisées» en l'absence de la possibilité pour elles de recourir, au moment opportun, à une offre alternative susceptible de répondre adéquatement à leurs besoins.

La deuxième étape de la démarche pourrait consister à soumettre que, sans les obstacles en cause, donc dans un contexte de libre marché et de libre entreprise comme celui qui prévaut dans plusieurs secteurs de notre société, une offre parallèle de services se développerait tôt ou tard pour répondre à une

254. *Ibid.* à la p. 447. Dans le même sens, voir l'analyse effectuée par le juge Wilson à la p. 487 et s.

255. À titre de comparaison, un peu lointaine certes, on peut référer au cas de Sue Rodriguez : *Rodriguez*, *supra* note 225. Dans son cas, il n'y avait pas de doutes quant au pronostic d'aggravation de l'état de santé ni quant à l'absence de possibilités pour elle de recourir au moyen qu'elle estimait approprié pour éviter les souffrances à venir.

demande latente, non satisfaite par l'offre actuelle du système public. C'est là le raisonnement qui amène à soutenir que les limites posées par l'État ont sans doute, compte tenu des lacunes de système public, pour effet d'empêcher le développement d'un potentiel d'initiatives relatives à une offre alternative de services.

Il va sans dire qu'une telle démarche exigerait une preuve solide mettant en lumière les lacunes du système public, en termes de capacité de répondre aux besoins de certains individus ayant un problème de santé donné. Il nous apparaît cependant que la disponibilité de données précises et détaillées faisant état de l'incapacité du système public à répondre efficacement à certains besoins pourrait permettre, dans certains cas, de constituer une telle preuve.²⁵⁶

Quel constat paradoxal que celui des atteintes aux droits à la liberté et à la sécurité qui résultent d'obstacles dont l'existence est étroitement liée à un système de santé mis sur pied, à n'en pas douter, avec le souci de promouvoir ces mêmes droits! Ainsi, il semble qu'il faille prendre acte du fait que, malgré toutes les bonnes intentions qui ont pu conduire à l'établissement du monopole du système public, il y a dans le difficile contexte actuel, des risques sérieux d'atteinte aux droits énoncés à l'article 7 à partir du moment où des individus sont privés d'une possibilité d'accès ou de choix quant aux services que leur état de santé requiert.

Les indications fournies à l'occasion du *Renvoi sur la Motor Vehicle Act*²⁵⁷ sont à l'effet que toute atteinte à l'un des droits énoncés à l'article 7 de la Charte doit faire l'objet d'une analyse dans le cadre de deux étapes distinctes, la première étant celle de l'évaluation de la conformité aux principes de justice

256. Pour un exemple de preuve semblable, voir celle soumise dans l'affaire *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 91 et s. La preuve en question reposait sur deux rapports qui faisaient notamment état de «(1) l'absence dans bien des régions du Canada, d'hôpitaux dotés de comités de l'avortement thérapeutique, (2) les contingents que certains hôpitaux dotés de comités fixent au nombre d'avortements thérapeutiques qu'ils pratiqueront...». Aussi, voir les statistiques détaillées sur les listes d'attente pour l'accès aux services, notamment celles rapportées par le FRASER INSTITUTE, *supra*, note 21.

257. *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181.

fondamentale et, la deuxième, celle du test de l'article premier.²⁵⁸ C'est ainsi qu'il reste maintenant à voir s'il est possible de conclure à une véritable restriction de ces droits, en fonction des exigences issues du dernier membre de l'article 7.

2.2 Les exigences issues des principes de justice fondamentale

La Cour suprême du Canada a, dans le *Renvoi relatif à la Motor Vehicle Act (C.B.)*,²⁵⁹ disposé que la notion de «principes de justice fondamentale» vise à la fois les aspects procéduraux et la substance même des actions étatiques portant atteinte aux droits à la vie, à la liberté et à la sécurité.

Dans le cas qui nous occupe, il semble possible d'identifier, pour l'un et l'autre des aspects que recouvrent les principes fondamentaux de justice, des exigences qui, chacune à leur façon, amènent à se questionner sur la légitimité des obstacles établis.

2.2.1 Les exigences procédurales : la participation du public à l'élaboration des politiques publiques

De prime abord, les exigences procédurales qui découlent des principes de justice fondamentale n'apparaissent pas constituer un terrain propice pour les fins de la présente démarche. Traditionnellement, ces exigences se prêtent davantage à l'analyse de situations s'inscrivant dans un contexte pénal ou criminel.²⁶⁰

258. *Ibid.* à la p. 517. Le juge Wilson s'était inscrit en faux contre cette démarche en arguant qu'il était inutile de recourir à l'article premier lorsqu'il y avait contravention aux principes de justice fondamentale : voir aux pp. 523-524. Toutefois, elle semble s'être ralliée à la position majoritaire dans l'arrêt *Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 180. Voir cependant les hésitations du juge Cory, parlant au nom de la majorité, quant à la nécessité de se rendre jusqu'à l'étape de l'article premier, dans l'affaire *R. c. Heywood*, [1994] 3 R.C.S. 761 aux pp. 802-803.

259. *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181. Voir également dans ce jugement, l'analyse rédigée sous la plume du juge Lamer à la p. 501 et s. et celle concordante, mais pour des motifs quelque peu différents, du juge Wilson à la p. 530 et s.

260. À ce sujet, voir d'ailleurs les propos du juge Lamer dans le *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, *supra* note 187 à la p. 1176. Seul sur cette question, le juge Lamer soutenait alors que ce serait usurper le rôle des élus que d'étendre

Toutefois, selon ce que suggèrent certains observateurs, les exigences relatives à l'équité procédurale pourraient constituer des balises pertinentes pour apprécier la validité des actions étatiques ayant des effets sur la disponibilité des services de santé.²⁶¹ L'argumentation soumise réfère aux propos du juge Wilson dans l'affaire *Singh*²⁶², à l'effet que les principes en cause impliquent au moins le respect de l'équité procédurale. Dans le cas de lois et de processus décisionnels de type administratif qui visent des matières non répressives,²⁶³ il sera ainsi question, selon l'importance des enjeux en cause, du droit d'être avisé d'une décision portant atteinte à un droit et de celui d'être entendu par une instance juste et impartiale en mesure de prendre connaissance de tous les faits pertinents.

Voilà ce qui amène le professeur Martha Jackman à suggérer que :

«[...] when governments or other health care providers make policy or regulatory decisions involving the allocation of health care resources and services at a [...] global level, they must ensure that those whose fundamental interests are at risk are adequately involved. [...] It can be argued that a regulatory decision that impinges upon health-related interests or which may deny basic and medically necessary care requires the collective participation of the affected individuals or groups [...] before it can be characterized as fundamentally just within the meaning of section 7.

[...] Due process requirements can be met by ensuring that generalized decisions relating to health policy and the allocation of health care resources and services are publicly discussed and debated before their implementation. Fundamental justice can be ensured by institutionalizing public participation in the health regulatory and

le champ d'application de l'article 7 au-delà du domaine judiciaire, pour recouvrir les «pures questions d'ordre public».

261. Pour un exposé détaillé sur les implications des principes de justice fondamentale dans un contexte de prise de décision susceptible d'affecter des droits sociaux, voir l'article de M. JACKMAN, «The Protection of Welfare Rights under the Charter», (1988) 20 *R.D. Ottawa* 257, 305-322 [ci-après «Protection of Welfare Rights»].

262. *Singh*, *supra* note 180 aux pp. 212-213.

263. Sur l'application des principes de justice fondamentale dans ces situations, voir ce que disent Brun et Tremblay, *supra* note 61 aux pp. 924-927.

policy-making process, and including the involvement of historically excluded groups, as well as those whose direct health interests are most at risk.»²⁶⁴

Dans la même veine, le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien s'est déjà prononcé dans les termes suivants :

«Si la Charte ne garantit pas un droit aux soins de santé, elle impose la protection procédurale qui préside à la distribution équitable des services de santé.

[...]

L'effet des décisions provinciales d'affectation de ressources médicales sur la population provinciale est tel qu'il est souhaitable que celle-ci puisse donner son avis au préalable. À l'heure actuelle, ces décisions prêtent le flanc à l'attaque parce que l'inexistence d'un processus de consultation ouverte ne laisse qu'un choix au public : les contester après coup.»²⁶⁵

Ces indications sont hautement pertinentes en ce qui concerne l'application d'entraves visant les services parallèles. Si ces obstacles ne relèvent pas directement d'un processus d'allocation des ressources à l'intérieur du système public, elles semblent y être étroitement liées du fait qu'elles sont présentées comme étant le gage de la survie de ce même système public. À tout événement, elles peuvent être qualifiées de «public policy», soit d'orientations gouvernementales favorables au monopole du système public et, en conséquence, opposées aux développements de services parallèles.

Partant de là, il est possible de soutenir que les exigences d'équité procédurale devraient prévaloir aux fins de l'application de ces limitations. Or, dans l'état actuel des choses, le respect de ces exigences ne semble pas être assuré.

264. «Right to Participate», *supra* note 193 à la p. 7.

265. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 aux pp. 63, 105.

De fait, parmi les obstacles déjà identifiés,²⁶⁶ ceux qui font appel à un processus décisionnel reposant sur un pouvoir discrétionnaire accordé à un agent étatique ne permettent pas, directement du moins, que des représentations puissent être faites par les individus susceptibles d'être affectés par les décisions. Il en est ainsi notamment du pouvoir ministériel prévu par la *Loi sur les services de santé et les services sociaux*²⁶⁷ quant à l'émission des permis d'établissements, lequel ne prévoit aucune audition ni consultation publique.²⁶⁸ On peut alors imaginer une situation impliquant un refus du ministre d'accorder le permis requis pour la mise sur pied d'un établissement privé autofinancé. Si des individus n'ayant pas été consultés pouvaient établir que, suite à la décision ministérielle, ils sont privés de l'accès à certains services particuliers et qu'ainsi, leur sécurité physique est compromise, l'État pourrait avoir de la difficulté à répondre de l'exigence d'équité procédurale.

Pour sa part, l'analyse des obstacles formulés en termes de prohibitions législatives absolues, soit celles qui ne découlent pas d'une décision d'un agent étatique appelé à apprécier des faits pertinents à l'égard d'une demande ou d'une difficulté précise,²⁶⁹ soulève une question particulière : quel est, en vertu du principe d'équité procédurale, le degré de consultation requis pour les «macrodécisions»,²⁷⁰ soit les décisions prises notamment au niveau des législatures?

En l'absence de réponse précise, on peut considérer que, malgré qu'il y ait pu avoir, à certains moments, des débats publics dont les résultats étaient défavorables aux initiatives prises en marge du système public,²⁷¹ ce qui a conduit à l'adoption d'interdictions législatives, ce le fut manifestement dans la perspective d'une offre de services publics qualitativement et quantitativement adéquate. Or, comme l'a signalé le Forum national sur la santé, il n'est pas

266. Voir ci-dessus partie 1.2.

267. *Supra* note 16.

268. Voir ci-dessus partie 1.2.1.

269. Voir les interdictions formulées dans les lois suivantes : *L.A.-M.*, *supra* note 17, art. 15; *L.A.-H.*, *supra* note 122, art. 11. Voir les développements ci-dessus partie 1.2.2.

270. Selon l'expression utilisée par le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 55.

271. Voir l'ensemble des commissions et autres instances consultatives auxquelles il est fait référence, ci-dessus partie 1.1.2.

certain que l'opposition au développement de services parallèles que semble manifester la population est en tous points inébranlable. Il semble en effet que la perspective d'un système public altéré pourrait conduire à un changement de position.²⁷²

Ainsi, l'application continue, automatique et sans nuance de règles qui visent à contrer le développement d'une offre alternative de services pouvant pallier les carences observées, pourrait être perçue comme ne prenant pas en compte une nouvelle réalité, celle d'un système public déficient à plusieurs égards. Surtout, elle pourrait paraître déconnectée de l'évolution des perceptions et préoccupations de la population. Si ces interdictions ne sont pas périodiquement remises en question dans le cadre de consultations publiques, parce qu'on prend pour acquis que la population les appuie envers et contre toutes les difficultés d'accès aux services, certains pourraient alors soutenir que les atteintes susceptibles d'en découler pourraient difficilement être perçues comme étant conformes aux principes de justice fondamentale.

Qu'un tribunal en arrive à une telle conclusion constituerait sans doute un développement significatif, peut-être inattendu,²⁷³ à l'égard du traditionnel principe de la réserve judiciaire face au processus législatif. Cependant, devant l'importance potentielle des atteintes dont il est question ici, il n'est pas dit qu'une telle éventualité est improbable. Il pourrait être considéré que la réserve que le pouvoir judiciaire doit manifester à l'égard des choix des élus trouve surtout sa place dans les étapes ultérieures d'analyse et qu'il importe alors, à cette étape-ci, de sanctionner toute lacune procédurale décelée.

272. Voir *supra*, partie 1.1.2.

273. Voir l'analyse faite par A. Lajoie, «La macro-allocation des ressources et le droit aux services de santé» (1990) 20 R.D.U.S. 231. L'auteure s'emploie à établir que «la portée du droit s'étend à tous les niveaux d'attribution des ressources» mais constate par ailleurs que le droit positif ne semble pas reconnaître que les citoyens puissent avoir une emprise de nature juridique sur bon nombre de décisions d'ordre politique ou administratif.

2.2.2 Les exigences substantives : un contrôle respectueux des choix de l'État, similaire à celui de l'article premier

Il appert que la reconnaissance du contenu substantif des principes de justice fondamentale ait, dans plusieurs cas, conduit à une prise en considération des intérêts «sociétaux»²⁷⁴ poursuivis par les atteintes sous étude. Il semble qu'à ce chapitre, on ne puisse dire que l'approche de la Cour suprême du Canada ait été d'une cohérence exemplaire²⁷⁵ et ait ainsi permis d'identifier aisément les cas où il est requis de questionner le bien-fondé des objectifs poursuivis par l'État. Toutefois, en se référant aux propos du juge McLachlin dans l'affaire *Rodriguez*,²⁷⁶ on peut en arriver à comprendre que c'est peut-être face à des mesures étatiques établies de longue date et qui apparaissent nécessaires de prime abord, qu'un tel contrôle à l'étape de l'article 7 est prescrit, là où le fardeau de la preuve appartient au requérant.²⁷⁷ En quelque sorte, une distinction serait établie entre les pratiques manifestement arbitraires et celles qui, à l'inverse, apparaissent acceptables *prima facie*.

Dans le cas qui nous occupe, on ne peut soutenir que les dispositions qui font obstacle au développement de services parallèles paraissent, au préalable, être source d'arbitraire. Elles semblent plutôt relever d'une conception bien établie de ce que doit être le cadre de prestation des services de santé au pays. Dans cette perspective, on peut anticiper qu'à l'occasion d'une éventuelle démarche de contestation, la question de la légitimité des atteintes pourrait se poser sous l'article 7.

En lien avec cette première exigence de légitimité de l'objectif poursuivi, il faut considérer le précepte voulant que les principes de justice fondamentale

274. Selon l'expression employée par T. J. Singleton, «The Principles of Fundamental Justice, Societal Interests and Section 1 of The Charter» (1995) 74 :3 *R. du B. can.* 446.

275. *Ibid.* En passant en revue tous les arrêts portant sur l'article 7 rendus de la Cour suprême depuis la *Motor Vehicle Act*, *supra* note 181, l'auteur souligne l'inconsistance du haut tribunal sur cette question. Il fait notamment référence à plusieurs cas où le «schème classique» d'analyse, en vertu duquel l'appréciation de l'objectif étatique est réservée à l'étape de l'article premier, n'a pas été appliqué.

276. *Rodriguez*, *supra* note 225 aux pp. 10-11.

277. Telle est l'interprétation des propos du juge McLachlin que fait Singleton, *supra* note 274 aux pp. 471-472.

militent contre la portée excessive des lois. Cette règle a été clairement posée dans l'affaire *R. c. Heywood*,²⁷⁸ où le juge Cory a, au nom de la majorité, indiqué que :

«L'analyse de la portée excessive porte sur les moyens choisis par l'État par rapport à l'objet qu'il vise. Lorsqu'il examine si une disposition législative a une portée excessive, le tribunal doit se poser la question suivante : *ces moyens sont-ils nécessaires pour atteindre l'objectif de l'État?* Si, dans un but légitime, l'État utilise des moyens excessifs pour atteindre cet objectif, il y aura violation des principes de justice fondamentale parce que les droits de la personne auront été restreints sans motif. Lorsqu'une loi a une portée excessive, il s'ensuit qu'elle est arbitraire ou disproportionnée dans certaines de ses applications.

L'examen d'une loi pour déterminer si elle a une portée excessive, en tant que principe de justice fondamentale, est simplement un exemple de l'évaluation des intérêts de l'État par rapport à ceux du particulier.»²⁷⁹

En se prononçant en ces termes, le juge Cory a par ailleurs pris soin de prescrire une «approche circonspecte» quant à l'utilisation du critère de portée excessive :

«Lorsqu'on analyse une disposition législative pour déterminer si elle a une portée excessive, il y a lieu de faire preuve de retenue à l'égard des moyens choisis par le législateur. Bien que les tribunaux aient l'obligation constitutionnelle de veiller à ce qu'une loi soit compatible avec la Charte, le législateur doit avoir le pouvoir de faire des choix de principe.»²⁸⁰

Prises ensemble, ces indications relatives aux aspects substantifs découlant du dernier membre de l'article 7 conduisent à une démarche semblable

278. [1994] 3 R.C.S. 761 [ci-après «Heywood»].

279. *Ibid.* aux pp. 792-793. Voir également ce que dit le juge Gonthier sur l'imprécision et la portée excessive dans l'affaire *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606 à la p. 627 et s.

280. *Heywood*, *supra* note 278 à la p. 793.

à celle devant être effectuée sous l'article 1. Ainsi, là où il est question d'un «objectif suffisamment important»²⁸¹ sous l'article premier, il est question d'un «but légitime» en vertu des principes de justice fondamentale. De la même façon peut-on établir une certaine similitude entre l'exigence de proportionnalité posée par l'article 1²⁸² et celle de portée non-excessive qui découle de l'article 7.

Aussi, comme c'est le cas lorsqu'il est question de la portée excessive, la démarche sous l'article premier exige une approche empreinte de retenue, du moins en regard de questions semblables à celle ici abordée. C'est ce à quoi invitait le juge La Forest dans l'affaire *McKinney*.²⁸³ Ses propos amènent à prendre en considération le fait que, dans les domaines où les décisions «découlent inévitablement d'hypothèses, de connaissances fragmentaires, de l'expérience générale et de la connaissance des besoins, des aspirations et des ressources de la société»,²⁸⁴ le législateur est beaucoup mieux placé que les tribunaux pour déterminer les moyens les plus adéquats. Conséquemment, les tribunaux se doivent de faire preuve d'une grande circonspection dans les examens auxquels ils se livrent. Selon la position adoptée dans l'affaire *Irwin Toy*,²⁸⁵ cette réserve à l'égard des choix législatifs serait d'autant plus nécessaire lorsque le but manifeste d'une disposition sous étude est la protection d'un groupe vulnérable.

Il convient toutefois de préciser, à la lumière des propos du juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald*,²⁸⁶ que la réserve judiciaire à l'égard des choix législatifs portant sur des matières délicates ne doit pas conduire à la

281. Pour une description détaillée du test de l'article 1, il faut évidemment se référer aux célèbres affaires suivantes : *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103 aux pp. 138-140 [ci-après «Oakes»]; *Big M*, *supra* note 207 à la p. 352.

282. *Oakes*, *ibid.*; *Big M*, *ibid.*

283. *McKinney c. University of Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229 [ci-après «McKinney»].

284. *Ibid.* aux pp. 304-305. Voir comment le juge La Forest, alors minoritaire, applique ses propres préceptes dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *supra* note 54 aux pp. 275-279. Aussi, voir la distinction effectuée entre les affaires relevant du droit criminel et celles propres aux «sciences humaines» dans l'arrêt *Irwin Toy*, *supra* note 186 à la p. 994.

285. *Irwin Toy*, *ibid.* à la p. 990. Dans le même sens, voir l'affaire *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

286. *RJR-MacDonald*, *supra* note 54.

complaisance. Ainsi, même sur des sujets aux pourtours nébuleux, le législateur est tenu d'agir en fonction des informations les plus valables dont il dispose.²⁸⁷

Avec une approche empreinte de réserve mais exigeant néanmoins une certaine rigueur, il importe maintenant de déterminer s'il est possible de justifier les atteintes identifiées à la lumière de l'importance de l'objectif poursuivi par le législateur et des moyens qu'il a privilégiés pour l'atteindre. Le test de l'article 1 ayant l'avantage d'avoir été mieux articulé que celui des principes de justice fondamentale aux fins d'un tel exercice, c'est donc en fonction de ses critères que l'exercice sera réalisé dans la partie qui suit.

3. Les obstacles au développement de services parallèles : une justification sous l'article premier?

Le Groupe de travail sur les soins de santé de l'Association du Barreau canadien a déjà, au terme d'une brève analyse, émis l'avis suivant :

«Au cas [...] où les services [publics] ne seraient pas assurés de façon satisfaisante, l'individu (sic.) ou un groupe d'individus pourrait soutenir que l'article 7 protège non seulement le droit aux services médicalement nécessaires, mais aussi le droit aux services de santé privés.

Dans ce cas, on peut concevoir qu'un tribunal se laisse convaincre que le plaignant ne devrait pas être privé de services médicalement nécessaires. Il serait difficile pour l'État de justifier la privation de ce droit en invoquant l'article premier de la Charte [...]»²⁸⁸

Y a-t-il lieu d'anticiper un tel résultat? Répondre à cette question exige, en quelque sorte, d'effectuer une démarche de prospection. En effet, l'exercice consiste à anticiper les justifications que ne manquerait pas de soumettre l'État dans le cadre d'une éventuelle contestation judiciaire. Il est toutefois possible de ne pas trop se perdre en conjectures, si l'on prend en compte les motivations,

287. *Ibid.* à la p. 346. Le juge McLachlin a semblé trouver inacceptable que le gouvernement se soit refusé à produire certains rapports qui auraient pu permettre de mieux apprécier certains choix relatifs au contrôle de la publicité sur les produits du tabac.

288. G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 98.

déjà identifiées,²⁸⁹ qui semblent avoir conduit les différents gouvernements à instituer et à maintenir les obstacles visant les services parallèles. Aussi, faut-il ne pas oublier que sur des questions aussi complexes et délicates que celles soulevées dans le cadre d'une discussion portant sur le bien-fondé des règles qui gouvernent un système de santé, les tribunaux se montreraient sans aucun doute prudents et enclins à la réserve.

3.1 Promotion de l'égalité ou de l'égalitarisme? Deux objectifs d'importance... inégale!

Selon toute vraisemblance, l'objectif qui serait invoqué par l'État pour justifier les obstacles serait celui de la sauvegarde du système public de santé.²⁹⁰

Il est alors bien évident qu'un tel objectif rencontrerait les critères élaborés pour fins d'appréciation, en ce qu'il serait alors considéré comme «suffisamment important» puisque pouvant sans conteste se rattacher à une préoccupation urgente et réelle.²⁹¹

Ainsi, compte tenu des craintes observables²⁹² au sein de la population quant à l'avenir du système public, il serait sans doute aisé de faire valoir que les mesures visant la sauvegarde de ce système répondent à des appréhensions tangibles qui commandent des interventions diligentes. Aussi, il s'agit manifestement là d'un but qu'une société libre et démocratique est en droit de poursuivre,²⁹³ du moins, sûrement plus qu'un objectif de réglementation du piquetage²⁹⁴ ou celui de l'instauration d'un jour de repos universel dans la

289. Voir ci-dessus partie 1.1.2.

290. C'est ce qu'envisagent les observateurs suivants : «Right to Participate», *supra* note 89 aux pp. 57-58; G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 97.

291. *Oakes*, *supra* note 281 à la p. 139; *Big M*, *supra* note 207 à la p. 352; *R. c. Morgentaler*, *supra* note 184 à la p. 122.

292. Voir ce que rapporte le F.N.S. dans «Rapport sur les valeurs», *supra* note 44 aux pp. pp. 9-10.

293. Voir la revue des objectifs «suffisamment importants» faite par L. Huppé, «Quelques objectifs suffisamment importants aux fins de l'article 1 de la Charte» (1991) 51 :2 *R. du B.* 294.

294. *SDMGR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573 à la p. 591.

semaine,²⁹⁵ et tout autant qu'un objectif de maintenir et de promouvoir la qualité des soins médicaux.²⁹⁶

Au surplus, cet objectif est hautement compatible avec les valeurs véhiculées par la Charte canadienne des droits et libertés. De fait, les modalités régissant le système public de santé étant conçues de manière à ce qu'aucun citoyen ne soit privé de services en raison de sa capacité de payer ou d'autres facteurs jugés impertinents, sa préservation contribue très directement à promouvoir l'égalité en faveur d'individus issus de groupes défavorisés. La poursuite d'un tel objectif s'harmonise parfaitement avec la valeur d'égalité consacrée notamment par les articles 15 de la Charte et 36 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Qu'en serait-il par ailleurs d'un argumentaire à l'effet que les entraves ne visent qu'à répondre à la valeur d'égalitarisme,²⁹⁷ une valeur qui semble être partagée par bon nombre de Canadiens et de Québécois? Tel que déjà souligné, cette valeur implique qu'il est inconcevable que des individus puissent avoir accès à une autre offre de services que celle du système public.

Il n'est pas évident qu'une telle valeur est en parfait accord avec le concept d'égalité véhiculé par la Charte. Les préoccupations sur lesquelles elle repose n'ont peut-être pas, dans l'état actuel des choses, véritablement pour objet de «tirer vers le haut» des individus faisant partie de groupes économiquement ou socialement défavorisés.²⁹⁸ Cette valeur semble plutôt relever d'une volonté d'uniformiser l'offre de services accessibles à chaque citoyen, de manière à ce qu'aucun d'eux ne puisse avoir accès à une offre différente, que l'on suppose meilleure. Ainsi, avec un peu de cynisme, certains pourraient concevoir que les

295. *R. c. Edwards Books and Art Limited*, [1986] 2 R.C.S. 713 à la p. 770 [ci-après «Edwards Books»].

296. *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483 à la p. 523 [ci-après «Stoffman»].

297. Pour comprendre le sens de la notion d'égalitarisme, telle qu'utilisée dans le cadre de la présente étude, voir les explications fournies, *supra*, partie 1.1.2.

298. Voir l'analyse faite par W. Black et L. Smith, «Le droit à l'égalité», dans G. A. Beaudoin et E. P. Mendes (dir.), *supra* note 182, 621 à la p. 845. Les auteurs sont d'avis que le droit à l'égalité vise l'«élimination de situations désavantageuses» et non pas, pourrait-on dire, l'uniformisation des situations.

obstacles au développement de services parallèles visent à «niveler vers le bas» la qualité des services accessibles aux citoyens.

Vu et présenté de cette façon, il apparaît moins évident qu'il s'agit d'un projet légitime qu'une société libre et démocratique peut chercher à mettre en oeuvre. En effet, si l'on peut penser que l'expression «société libre et démocratique» a été utilisée à dessein, afin de rendre compte du fait que le Canada constitue une «démocratie libérale», il y a lieu d'entretenir quelques réserves à l'égard de mesures uniformisantes par lesquelles aucun citoyen ne peut aspirer à des avantages ou des bénéfices autres que ceux que l'État a prévus.²⁹⁹

Il est en effet difficile d'identifier, dans d'autres secteurs de la société, des mesures qui visent des objectifs semblables. Ainsi, en jetant un regard sur ce qui se passe dans d'autres secteurs d'importance comparable à celui de la santé, comme ceux de l'éducation et des services juridiques, on ne trouve aucune velléité d'imposer un tel cadre égalitariste. De fait, si un système d'aide juridique a été mis en place, jamais n'a-t-on envisagé ou cru nécessaire de l'ériger en monopole et, incidemment, de restreindre le développement de la pratique privée du droit de manière à ce tous ne puissent avoir accès qu'à une offre publique de services uniformisés et standardisés.³⁰⁰ Le même raisonnement vaut pour le système public d'éducation. Dans ce dernier cas, le législateur québécois a même jugé bon reconnaître formellement le droit des parents de recourir, pour leurs enfants, aux «services parallèles d'éducation», soit ceux dispensés par les établissements privés.³⁰¹

Au surplus, l'adhésion du public à la valeur égalitariste ne semble pas être inconditionnelle. Elle apparaît ainsi tributaire de la performance et de la qualité de l'offre publique de services de santé. Il ne semble donc pas s'agir d'une valeur autonome ou, pourrait-on dire, dogmatique. C'est du moins ce que

299. Pour une analyse beaucoup plus substantielle sur le concept d'égalité tel qu'il est généralement perçu dans les démocraties libérales, voir notamment N. Bobbio, *Liberalism & Democracy*, Londres, Verso, 1990 aux pp. 30-36.

300. Voir ce que souligne Philips-Nootens, *supra* note 199.

301. *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 200, art. 42.

l'on peut penser à la lumière des préoccupations manifestées par les citoyens dans le cadre des travaux du Forum national sur la santé.³⁰²

Partant de là, si l'offre du système public devait se détériorer à un point tel qu'il n'est plus possible de percevoir une volonté claire parmi la population d'éviter tout développement parallèle de services, peut-être ne sera-t-il également plus possible de faire valoir une «préoccupation suffisamment urgente et réelle» d'égalitarisme et, incidemment, l'importance de cet objectif. Peut-être qu'une préoccupation plus forte et plus vérifiable, celle de la liberté et de la sécurité des individus, aurait alors préséance.

Voilà qui suggère qu'il n'est pas inutile de chercher à savoir quel a été l'objectif du législateur au moment où il a institué les entraves qui nous intéressent.³⁰³ Était-ce vraiment celui de concentrer dans ses mains les ressources pouvant être consacrées aux activités sociosanitaires, de manière à en assurer une utilisation optimale et une répartition au profit des couches de la société qui souffriraient autrement de l'application des implacables lois du marché, ou, tout simplement, celui de donner suite à une volonté d'égalité absolue, d'égalitarisme donc.

Compte tenu de ce que semblaient avoir à l'esprit les artisans du système public aux diverses étapes qui ont marqué son évolution,³⁰⁴ il y a tout lieu de croire que c'est, en quelque sorte, un subtil mélange de ces deux préoccupations, de nature différente. Il y a également lieu d'envisager qu'elles n'auraient peut-être pas le même succès si elles étaient invoquées séparément pour faire valoir l'importance de l'objectif poursuivi par les prohibitions législatives à l'égard des services parallèles.

Cela étant, il serait pour le moins étonnant qu'une éventuelle analyse judiciaire conduise à établir que le critère de l'importance de l'objectif n'est pas satisfait. Trancher de telle façon un débat d'une importance sociale et politique

302. *Supra*, partie 1.1.2.

303. Voir l'affaire *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731. La Cour suprême a précisé à cette occasion que l'objectif qu'il faut rechercher est celui existant au moment de l'adoption de la disposition contestée.

304. Voir ci-dessus partie 1.2.2.

aussi considérable susciterait sans doute des critiques virulentes et, peut-être justifiées d'un certain point de vue. Malgré tout, il est utile de prendre note des lacunes de l'argumentation attendue afin d'envisager un resserrement de l'analyse aux étapes suivantes,³⁰⁵ soit celles qui conduisent à se questionner sur la proportionnalité des prohibitions en question.

3.2 La recherche d'un lien rationnel : les limites de la réserve judiciaire face aux politiques incohérentes de l'État?

Quels sont donc les moyens «nécessaires» ou rationnels permettant à l'État d'atteindre l'objectif identifié, soit le maintien du système public de santé?

D'emblée, il appert que c'est notamment par le biais d'un financement adéquat et d'une disponibilité suffisante de ressources humaines que cet objectif peut être atteint. Or, pour ce faire, il faudrait, semble-t-il, éviter de permettre le développement d'une «deuxième vitesse» qui aurait comme conséquence de priver l'État de la marge de manoeuvre fiscale requise et d'entraîner une désertion des meilleurs prestataires. C'est de cette façon que, de prime abord, semble devoir se présenter le lien rationnel.

Pour apprécier la valeur d'une telle argumentation, il convient d'abord d'observer que, si l'État a une préoccupation quant au maintien des recettes fiscales lui permettant de financer adéquatement le système public de santé, il a manifestement la possibilité de laisser intactes les règles de contribution actuellement en vigueur. L'existence et l'application de ces règles relèvent encore, nous semble-t-il, de la volonté du législateur, laquelle n'est pas apparue comme étant en tous points vulnérable face aux pressions visant à ce que le fardeau fiscal des citoyens soit réduit. De ce point de vue, il ne serait peut-être

305. Sur l'influence de l'importance de l'objectif pour la suite du test de l'article premier, il est intéressant de prendre connaissance de la divergence de points de vue entre le juge La Forest et le juge McLachlin dans l'affaire *RJR-MacDonald*, *supra* note 54. Le juge La Forest, minoritaire sur ce point, a considéré l'importance de l'objectif de contrer les dangers du tabac pour atténuer ses exigences au moment de l'évaluation de l'atteinte minimale (voir, aux pp. 304-319). Pour sa part, le juge McLachlin s'est inscrit en faux contre cette approche, notamment parce qu'à son avis, il faut conserver l'utilité de l'ultime étape du test de l'article premier qui consiste à pondérer l'importance des atteintes et celle de l'objectif (aux pp. 347-348).

pas si évident de soutenir que, si l'accès à des services parallèles est autorisé et si ceux qui y ont recours exigent que leurs contributions fiscales soient réduites, les ressources pouvant être consacrées au système public seraient nécessairement diminuées.

À cela, on peut ajouter que dans un contexte de marché, la présence d'activités privées qui visent à rendre disponibles des produits ou des services n'est pas la conséquence directe d'un cadre juridique permissif. Elles découlent d'abord, et surtout, de l'existence d'une demande, active ou latente, sans laquelle elles ne seront pas initiées puisqu'elles seraient condamnées à la non-rentabilité. Or, dans la mesure où le système public devait répondre adéquatement aux besoins des citoyens-contribuables, il est loin d'être évident que ces derniers constitueraient un important bassin de «clients» pour d'éventuels promoteurs souhaitant offrir des services parallèles. Ce pronostic est d'autant plus plausible que, selon ce qui a été souligné à grands traits par les différentes instances qui, au cours des dernières années, ont été chargées de se pencher sur l'avenir du système public, les citoyens manifestent un attachement significatif à l'égard de ce même système.³⁰⁶

D'ailleurs, le paradoxe que soulève l'argumentation faisant état de la nécessité de protéger le système public en lui assurant une forme de monopole réside dans le fait qu'elle véhicule une perception fort pessimiste à son égard. De fait, elle repose sur la prémisse qu'une attraction irrésistible serait exercée vers les services parallèles dès lors que leur développement serait autorisé, puisque le système public serait condamné à offrir des services insatisfaisants et ne pourrait ainsi garder dans son giron un nombre suffisant d'adhérents. Plutôt que d'envisager que les activités privées susceptibles de se développer en l'absence de contraintes seraient marginales et de peu d'ampleur, c'est la «politique du pire» qui prévaut, celle qui suggère une désertion en masse du système public.³⁰⁷ Et pour éviter cette désastreuse éventualité, ce n'est pas la

306. Voir notamment ce que rapporte le F.N.S. dans «Atteinte d'un équilibre», *supra* note 39 à la p. 6.

307. Dans cette même perspective, faut-il rappeler que l'accès à l'enseignement privé n'a pas empêché qu'un système public «fort» soit mis en place et maintenu. Pour contrer cette comparaison, on pourrait arguer que le système public d'éducation connaît de sérieuses difficultés et qu'il est l'objet de sévères critiques. Mais, peut-on attribuer les difficultés

nécessité de maintenir ou d'accroître la performance du système public qui est mise de l'avant mais plutôt la solution coercitive, celle de la contrainte juridique.

Bien sûr, à l'égard de la question du financement des services de santé, certains pourraient être tentés de soutenir que l'État ne peut faire plus, qu'il n'a tout simplement pas les moyens de soutenir davantage le système public.³⁰⁸ En ce sens, l'imposition de limites ou de prohibitions visant les services parallèles pourrait être présentée comme étant le seul moyen d'éviter une érosion accrue des ressources disponibles pour le système public. Face à une telle argumentation, les tribunaux pourraient en venir à identifier le lien rationnel en reconnaissant que l'État ne peut faire plus que d'éviter le pire, soit la présence de services parallèles qui viendraient drainer les ressources déjà réduites du système public. Ce serait là une approche conforme à celle adoptée par la Cour suprême dans les affaires *McKinney*³⁰⁹ et *Stoffman*,³¹⁰ où, devant des politiques de retraite obligatoire justifiées sur la base de «ressources limitées», les hauts magistrats ont refusé de substituer leur jugement à celui du législateur.³¹¹

Toutefois, à ce stade-ci, il est loin d'être acquis que la détérioration du système public soit attribuable à un contexte de ressources insuffisantes. Est-il nécessaire de rappeler que le Canada et le Québec figurent toujours au deuxième rang des pays de l'Organisation pour la coopération et le développement économique en ce qui concerne les ressources financières consacrées aux services de santé?³¹² Est-il également requis de référer aux travaux de nombreux observateurs et experts qui se sont penchés sur la question du financement du système public et qui en arrivent à la conclusion que les difficultés qu'il traverse

rencontrées au fait que les citoyens ne soutiennent pas, du point de vue fiscal et idéologique, les initiatives publiques en matière d'éducation, puisque l'accès à l'enseignement privé, parallèle pourrait-on dire, est autorisé? Ces lacunes découlent-elles vraiment du fait que les meilleurs «prestataires» ont délaissé le système public d'éducation pour aller oeuvrer dans le «secteur privé»?

308. C'est ce qu'envisage le G.T.S.S.A.B.C., *supra* note 42 à la p. 98.

309. *McKinney*, *supra* note 283.

310. *Stoffman*, *supra* note 296.

311. Voir cependant l'avertissement lancé par la Cour suprême à l'effet qu'il n'est pas suffisant de faire état de contraintes budgétaires pour justifier une restriction à un droit garanti par la Charte : *Shacter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679 à la p. 709.

312. «Enjeux et orientations», *supra* note 2 à la p. 15.

sont surtout attribuables à des défauts d'organisation et de gestion et non pas à un problème de sous-financement?³¹³

C'est en fonction de ces éléments d'information et d'analyse que l'argumentation voulant que la préservation et l'essor du système public exigent le recours à des «moyens» lui assurant un cadre monopolistique pourrait ne pas apparaître comme étant pleinement convaincante, et ce, peut-être même dans le cadre d'une approche empreinte de réserve à l'égard des «choix de moyens» faits par le législateur. Les obstacles posés en ce qui concerne les services parallèles pourraient très bien être perçus comme relevant d'une politique incohérente de l'État, lequel dit vouloir protéger un système public dont la dégradation lui est en grande partie imputable. À ce chapitre d'ailleurs, il est révélateur que les lacunes organisationnelles et de gestion puissent être observées alors même que les services parallèles sont encore dans un état embryonnaire.

3.3 Le critère d'atteinte minimale : l'existence de moyens moins préjudiciables pour contrer les impacts néfastes d'une offre parallèle sur le système public

Il ressort de l'analyse portant sur le lien rationnel, qu'il existe un moyen clairement identifiable pour assurer le maintien d'un système public «fort», un moyen qui ne serait pas de nature à porter atteinte aux droits individuels.

Il s'agirait en fait d'assurer, avec les ressources actuelles, une organisation et une gestion efficaces et efficientes du système public, de manière à ce qu'il puisse répondre adéquatement aux besoins des citoyens. N'est-ce pas là la condition pour que les citoyens ne soient pas tentés par une éventuelle offre parallèle et continuent à privilégier la mise en commun, au sein du système public, des ressources requises pour l'obtention des services de santé qu'ils requièrent? N'est-ce pas ce qui ferait en sorte que les perspectives de «marché» pour d'éventuels promoteurs envisageant le développement de services parallèles, demeureraient peu intéressantes et, conséquemment, ne conduiraient

313. Voir notamment : «Financement public et privé», *supra* note 4 aux pp. 9-11; «C.S.B.E.», *supra* note 39 aux pp. 9-95.

qu'à des réalisations marginales peu susceptibles de «drainer» les meilleures ressources humaines du système public?

Cela étant dit, il faut sans doute éviter de verser dans une appréciation des choses qui pourrait être qualifiée d'irréaliste et se rappeler que l'État n'est pas tenu à la perfection.

La recherche de moyens moins attentatoires, sur des bases qui se veulent plus réalistes, peut conduire à établir une distinction entre les entraves applicables automatiquement ou sans nuances et celles dont l'application résulte d'une prise en considération d'un critère qui, tel qu'élaboré et tel qu'appliqué, est directement lié à la sauvegarde du système public.³¹⁴

Dans le premier cas, on pense évidemment à l'interdiction totale et absolue formulée à l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie*³¹⁵ de même qu'à celle énoncée à l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation*.³¹⁶ Dans le deuxième, l'exemple le plus pertinent est celui de l'article 30 de la *Loi sur l'assurance-maladie* qui permet, lorsque trop de professionnels sont devenus non participants au régime, d'en obliger un certain nombre à assurer la prestation de services en respectant les règles de financement public prévues par ce même régime. Une mesure semblable à cette dernière est très directement liée à la protection de l'intégrité du système public, tout en n'interdisant pas que des prestataires puissent développer des services parallèles auxquels pourraient accéder les individus qui, pour un besoin donné, jugeraient qu'ils n'ont d'autres choix que de le faire.

On peut ainsi envisager que, par toutes sortes de moyens, il serait possible au législateur d'inciter ou d'astreindre certains ou l'ensemble des prestataires à une implication minimale au sein du système public. N'existe-t-il pas d'ailleurs, à l'heure actuelle, des règles de rémunération qui ont pour effet d'inciter certains médecins à consacrer une partie de leur pratique au système

314. Voir en quoi consistent les obstacles, voir ci-dessus partie 1.1.2.

315. *Supra* note 17.

316. *Supra* note 122.

public³¹⁷ ou, encore, à aller exercer dans les régions en manque de tels professionnels.³¹⁸

À tout événement, on peut penser que si la Cour suprême s'est montrée exigeante à ce point sur la question de l'atteinte minimale au droit à la liberté d'expression commerciale des compagnies de tabac qu'elle en est venue à invalider les dispositions posant des contraintes à l'égard de la publicité sur leurs produits,³¹⁹ il ne serait pas si étonnant qu'elle requiert une rigueur exceptionnelle de la part des autorités publiques dès lors que des atteintes aux droits à la sécurité et à la liberté en matière de santé seraient en jeu. Face à cette possibilité, l'État aurait sans doute avantage à ce que la disposition contestée puisse facilement apparaître comme visant à protéger l'intérêt public et non pas comme étant une règle d'application générale et absolue.

3.4 L'importance des effets des atteintes et celle de l'objectif poursuivi : une ultime exigence de rigueur non satisfaite

Si, après avoir tant bien que mal réussi à identifier un lien rationnel et fait le constat d'une atteinte minimale, une analyse judiciaire devait encore se poursuivre, resterait à aborder la question de la proportionnalité des effets des atteintes avec l'objectif identifié. C'est précisément là, dans le cadre de cette ultime étape, que sont soupesés avec le plus d'attention les droits individuels et

317. Il s'agit des activités médicales particulières que sont tenus d'effectuer les médecins de moins de dix ans de pratique, sous peine de voir réduire leur rémunération. Voir L.A.-M., *ibid.*, art 19 al. 6 et L.S.S.S.S., *supra* note 16, art. 360-366.

318. Voir notamment le *Règlement sur la rémunération différente pour les médecins spécialistes durant les premières années d'exercice de leur spécialité*, R.R.Q., c. A-29, r. 7. Ce règlement s'applique aux médecins spécialistes pendant leurs trois premières années d'exercice. Il prévoit des pénalités de rémunération pour ceux d'entre eux qui pratiquent dans une région «non désignée».

319. *RJR-MacDonald*, *supra* note 54. Le juge La Forest, minoritaire sur cette question, aurait fait preuve de moins d'exigence, notamment puisqu'il estimait que le droit affecté en l'espèce était d'une importance toute relative : voir aux pp. 304-319. C'est ce qui l'a conduit à trouver acceptable une interdiction absolue plutôt que partielle à l'égard de la publicité sur les produits du tabac.

les intérêts collectifs en cause. Il n'est donc pas inutile de rappeler en quels termes le juge Dickson en a précisé le contenu dans l'affaire *Oakes*³²⁰ :

«La Charte garantit toute une gamme de droits et libertés à l'égard desquels un nombre presque infini de situations peuvent se présenter. La gravité des restrictions apportées aux droits et libertés garantis par la Charte variera en fonction de la nature du droit ou de la liberté faisant l'objet d'une atteinte, de l'ampleur de l'atteinte et du degré d'incompatibilité des mesures restrictives avec les principes inhérents à une société libre et démocratique [...] Plus les effets préjudiciables d'une mesure sont graves, plus l'objectif doit être important pour que la mesure soit raisonnable et que sa justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique.»³²¹

Abordant plus spécifiquement la notion de «société libre et démocratique», le juge Dickson a considéré que les valeurs qu'elle véhicule comprennent :

«le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales [...] et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.»³²²

À la lumière de ces propos, le premier constat doit être que les atteintes, dont il est ici question, portent sur les droits qui comptent parmi les plus importants et les plus fondamentaux de la Charte. On ne peut certes imaginer préoccupation plus grande, pour un individu, que celle de la sécurité physique et psychologique et également, dans nos sociétés libérales, celle de la liberté. Il convient ainsi de rappeler certains propos tenus par les juges de la Cour suprême, notamment dans les affaires *Morgentaler*³²³ et *Rodriguez*,³²⁴ selon

320. *Oakes*, *supra* note 281.

321. *Ibid.* à la p. 139.

322. *Ibid.* à la p. 136.

323. *Morgentaler*, *supra* note 184 aux pp. 166-167. Voir la citation des propos du juge Wilson, *supra*, partie 2.1.2.2.

324. *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, précitée, note 225, 58. Voir la citation des propos des juges majoritaires, *supra*, partie 2.1.2.2.

lesquels le concept d'autonomie personnelle qui découle des droits à la liberté et à la sécurité est intimement lié à la notion de «dignité humaine fondamentale». Plus encore, ceux du juge La Forest dans l'affaire *Children's Aid*³²⁵ ont clairement fait ressortir que la notion de liberté, devant être interprétée largement, est une composante essentielle d'une société libre et démocratique.

En regard de telles atteintes, l'objectif invoqué par l'État doit être quasi irréprochable. Or, il n'est pas assuré que ce soit le cas de l'objectif attribuable aux obstacles visant les services parallèles.

D'une part, dans la mesure où l'objectif en question relève en partie, comme on l'a vu, d'un projet égalitariste par lequel tous les citoyens doivent être mis sur un pied d'égalité absolue en ce qui concerne les services de santé, il est difficile de l'associer à la notion de «dignité inhérente de l'être humain». Il est difficile en effet de trouver un quelconque argument établissant que cette notion exige que tous soient, en tout temps et pour toute chose, traités de la même façon et soumis aux mêmes règles. Soutenir une telle affirmation irait carrément à l'encontre des impératifs de la marge d'autonomie personnelle devant être laissée à chaque individu.

Dans cette même perspective, il faut sans doute comprendre que la notion de «promotion et de la justice et de l'égalité sociales» ne renvoie pas à la nécessité de tracer une limite supérieure quant à l'accès à de quelconques bénéfices mais invite plutôt l'État à instaurer un plancher auquel les citoyens défavorisés pourront avoir accès. C'est ce plancher qui a été instauré par la mise sur pied d'un système public universellement accessible. Les obstacles au développement de services parallèles, eux, constituent plutôt une limite supérieure dont les liens avec l'impératif de sauvegarder le système public s'avèrent peu convaincants à l'analyse. C'est du moins le cas de ceux de certains obstacles identifiés qui s'appliquent sans nuances, de façon dogmatique, sans que ne soit véritablement considéré un critère directement lié à la protection des ressources financières et humaines nécessaires pour assurer une performance adéquate du système public.

325. *Children's Aid Society*, *supra* note 216 à la p. 368.

Rappelons ici que, dans l'affaire *Edwards Books*,³²⁶ le juge Dickson, alors qu'il analysait la proportionnalité des effets d'une restriction découlant d'une mesure visant à instituer un jour de repos dans la semaine, a considéré «l'effort sérieux» qui a été fait par le législateur pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi comme jour de repos en raison de leurs croyances. En faisant intervenir le même critère à l'égard des obstacles applicables de manière absolue, il n'est pas certain que l'on puisse établir que, dans la poursuite de son objectif, le législateur a fait cet «effort sérieux» pour composer avec les préoccupations de liberté et de sécurité des individus qui, n'obtenant pas une réponse satisfaisante à leurs besoins auprès du système public, souhaiteraient pouvoir l'obtenir par le biais d'une autre offre. Le choix qui a été fait pourrait être perçu comme en étant un de facilité en ce qu'il consiste, pour partie du moins, en une interdiction presque totale à l'égard du développement des services parallèles.

Enfin, les obstacles en cause, appliqués comme ils le sont dans le contexte actuel de déficiences du système public attribuables, en partie du moins, à l'incurie de l'État, n'apparaissent pas être de nature à donner foi à la population dans les institutions publiques responsables, ni à susciter son adhésion aux politiques que ces mêmes institutions mettent de l'avant. Peut-on ainsi faire valoir que ce sont surtout les actions positives pouvant être prises par l'État en matière d'organisation et de gestion, qui peuvent conduire à un rehaussement des performances du système public et ainsi, contribuer à ce qu'une certaine cohésion soit maintenue quant aux valeurs qui fondent ce système. L'analyse antérieure a pu démontrer que procéder à l'inverse, c'est-à-dire chercher à préserver l'adhésion de la population par la contrainte en évitant de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour assurer la performance du système public, est une avenue dont l'issue pourrait consister en une désolidarisation des citoyens à l'égard des valeurs qu'ils partageaient jusqu'à maintenant.

L'analyse qui précède a permis de faire ressortir que les motifs pouvant être invoqués pour expliquer l'existence d'obstacles au développement de services parallèles pourraient ne pas s'avérer assez convaincants et assez appuyés

326. *Edwards Books*, *supra* note 295 à la p. 783.

par la réalité politique pour satisfaire aux exigences de justification sous la Charte. Plusieurs faiblesses argumentaires peuvent être décelées, toutes liées à l'absence d'actions gouvernementales consistantes avec les prétentions liées à la sauvegarde du système public.

Si ces faiblesses peuvent difficilement être décelées au sein du discours politique habituel qui fait état de la nécessaire préservation des «cinq grands principes de notre système de santé», elles pourraient l'être au terme d'un débat judiciaire où, peut-on l'espérer, il serait moins facile de confondre les déclarations d'intentions factices et certains résultats navrants auxquels ont pu conduire les interventions de l'État en matière de santé.

Conclusion

La tendance observable à l'heure actuelle au Canada et au Québec donne à penser que l'on est peut-être en voie de confondre les causes et les conséquences de la détérioration du système public de santé.

La survie et l'essor du système public ne dépendent-ils pas d'abord de la volonté et de la capacité de l'État de s'acquitter adéquatement des responsabilités qui lui incombent? Peut-être faudrait-il ainsi commencer à envisager que l'apparition d'une offre alternative de services en provenance du secteur privé pourrait n'être que la conséquence, et non pas la cause, d'une détérioration du système public. N'est-il pas révélateur d'ailleurs que c'est surtout depuis que les lacunes du système public se manifestent plus régulièrement et de manière plus dramatique que la question de l'opportunité de permettre au secteur privé de jouer un rôle accru dans la prestation de services à la population se pose de manière plus pressante?

Il nous semble que si l'État doit agir pour assurer la survie du système public, ce devrait d'abord être sur les causes des difficultés rencontrées et non pas sur leurs conséquences. S'il s'agit là d'une évidence, il demeure qu'elle ne ressort pas toujours comme elle le devrait du discours politique ambiant. Peut-être alors aurait-elle plus de chance d'être bien reçue par des autorités judiciaires devant qui il pourrait être démontré que l'État cherche à interdire l'avènement d'un prétendu mal dont les causes lui sont par ailleurs peut-être imputables.

De fait, il n'est pas assuré que les tribunaux se refuseraient éventuellement à sanctionner l'inconsistance entre le discours officiel, qui invoque de grandes et nobles préoccupations pour justifier les interdictions relatives au développement parallèle de services de santé, et les restrictions aux droits et libertés qui résultent de politiques déficientes de financement, de gestion et d'organisation du système public.³²⁷

Dans une telle éventualité, le recours à la clause dérogatoire³²⁸ pourrait signifier que l'État a choisi d'«universaliser» la pénurie en matière de santé ainsi que les restrictions aux droits et libertés des individus, le tout au nom d'une valeur égalitariste contraire à la dimension libérale de la démocratie que la Charte canadienne des droits et libertés canadienne tend à promouvoir.

Il est loin d'être acquis d'ailleurs que cette avenue serait celle privilégiée par les citoyens. Ceux-ci pourraient éventuellement prendre acte de l'échec de leurs gouvernements et commencer à préférer une capacité d'action individuelle plutôt que collective en matière de santé, dans la mesure où cela apparaît comme étant le gage d'une meilleure réponse à leurs attentes.

327. On aura peut-être l'occasion prochainement d'apprécier l'attitude des tribunaux à l'égard de quelques-unes des questions abordées dans ce mémoire. De fait, une requête visant à faire invalider l'article 15 de la *Loi sur l'assurance-maladie* (*supra* note 17) ainsi que l'article 11 de la *Loi sur l'assurance-hospitalisation* (*supra* note 122) pour cause d'incompatibilité avec l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*supra* note 14), a été déposée devant la Cour supérieure du Québec le 22 septembre 1997. Voir ce que rapporte M. Thibodeau, «La place du privé : les tribunaux s'en mêlent», *La Presse [de Montréal]* (22 septembre 1997).

328. *Charte canadienne des droits et libertés*, *ibid.*, art. 33; *Charte des droits et libertés de la personne*, *supra* note 200, art. 52.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : JURISPRUDENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE PERSPECTIVE CIVILISTE

Auteur(s) : Charlotte LEMIEUX

Revue : RDUS, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 223-243

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12730>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12730>

Page vide laissée intentionnellement.

JURISPRUDENCE ET SÉCURITÉ JURIDIQUE : UNE PERSPECTIVE CIVILISTE

par Charlotte LEMIEUX*

SOMMAIRE

INTRODUCTION	225
I - FACTEURS D'APPARENTE SÉCURITÉ JURIDIQUE	229
A. La séparation des pouvoirs	229
B. L'indépendance et l'inamovibilité des juges	230
C. La règle du précédent	231
D. La chose jugée ou <i>res judicata</i>	232
E. L'obligation de motiver les jugements	233
II - FACTEURS D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE	234
A. La règle du précédent	234
B. La loi interprétative	237
C. Les Commentaires du ministre de la Justice	239
D. L'inaccessibilité des jugements	240
E. Le problème plus général de l'interprétation	241
CONCLUSION	243

*, Avocate et professeure à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

INTRODUCTION

Bien que chaque État réponde à un droit qui lui est propre, il arrive que «divers droits soient appliqués concurremment à l'intérieur d'un même État».¹ C'est le cas au Canada, où la *common law* gouverne les provinces anglo-saxonnes, tandis que droit civil et *common law* gouvernent simultanément le Québec. À l'intérieur du Canada toutefois, une nette division territoriale sépare les provinces de *common law* et la province de droit hybride que constitue le Québec. Pour sa part, notre droit québécois a la difficile particularité de reposer sur deux fondations différentes, qui constituent chacune un des grands systèmes de droit contemporain : le droit civil, régissant les rapports des citoyens entre eux et avec leurs biens, et la *common law*, régissant le reste. Cette double assise juridique est par essence différente de l'habituelle opposition entre droit public et droit privé (qui est inhérente à la plupart des juridictions monolithiques), en ce qu'elle met en cause une dualité plus fondamentale : si droit public et droit privé ont l'habitude de se côtoyer sans s'opposer à l'intérieur de nombreuses juridictions, *common law* et droit civil appartiennent à des familles de droit radicalement différentes, la première formant un système à elle seule et le second relevant du droit romano-germanique, qui a justement été élaboré en vue de régler les rapports entre les citoyens.

Certes, la distinction entre ces deux grands systèmes de droit a été maintes fois établie, soulignée, décrite et commentée. Mais il arrive à de lumineuses distinctions théoriques de s'obscurcir devant la trouble réalité québécoise, à la fois si riche et si complexe. Ainsi, la coexistence des droits civil et de *common law* au Québec nous paraît poser des problèmes concrets que la théorie occulte, et des problèmes théoriques que la pratique ignore. La situation actuelle, dont nous éviterons de rappeler le germe historique et politique, ne peut malheureusement répondre à aucune simplification.

Comme résultat, cette promiscuité peut être à la fois source de confusion et source d'enrichissement, puisque les deux systèmes, en s'imprégnant l'un de l'autre, sont susceptibles de perdre leurs caractéristiques et leurs fondements

1. R. David et C. Jauffret-Spinozi, *Les grands systèmes du droit contemporain*, 10^e éd., Paris, Précis Dalloz, 1992 à la p. 13.

logiques, mais de gagner du même souffle un mode de pensée unique. Le bilan des gains et des pertes ne relève pas de notre étude, mais son urgente nécessité mérite d'être soulignée.

Dans une juridiction soumise à des droits divers, qui non seulement cohabitent mais qui, par la force des choses et du temps, finissent même par se superposer, une partie de la difficulté réside dans la distinction entre ce qui relève du droit civil et ce qui relève de la *common law* (par exemple : à quel droit appartiennent les lois issues du législateur québécois? Comment traiter le droit administratif québécois?² Comment interpréter le droit civil?). Il est admis que la jurisprudence des tribunaux administratifs relève de la *common law*, et que celle des tribunaux civils relève du droit de tradition civiliste, donc de la famille romano-germanique.

Outre ce problème de classification, dont il ne faut pas oublier les conséquences réelles, la pluralité de notre droit impose aux juges un rôle concrètement pluriel. En effet, les mêmes juges siègent tantôt en droit civil, tantôt en *common law*, ce qui peut favoriser la perméabilité de leurs jugements en les pliant à des ascendants juridiques contraires, et influencer tant la création qu'ils font (façon qu'ont les juges de rendre leurs jugements) que la perception qu'ils ont (façon de considérer ceux rendus par d'autres) de la jurisprudence. Bref, la façon de rendre jugement et la façon de considérer les jugements déjà rendus sont liées au caractère mixte du droit québécois.

Nous constatons qu'au Québec, le droit comparé se pratique à l'intérieur d'une même juridiction. Devrait-il se pratiquer davantage, de façon que les juristes comprennent et maintiennent, malgré les difficultés particulières que cet état de choses soulève, la distinction essentielle entre droit civil et *common law*? Devrions-nous au contraire ignorer la distinction et continuer d'entremêler les genres, même cette ignorance délibérée risque de constituer une source supplémentaire d'insécurité juridique par la jurisprudence croisée qui en est issue? En effet, la fluidité que le droit comparé apporte à la jurisprudence peut être source d'insécurité, puisque le recours aux sources étrangères, même quand elles

2. Voir à ce sujet la réponse de madame la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt 2747-3174 *Québec inc. c. Québec (Régie des permis d'alcool)*, [1996] 3 R.C.S. 919.

relèvent de la même famille de droit, peut confiner à l'imprévisible (quelle jurisprudence?) et à l'arbitraire (quand y recourir?) :

«Ce qui est édicté, écrit, jugé dans un autre pays, de même structure et de même tradition que le nôtre, peut influencer sur la manière dont le droit de notre pays sera expliqué, interprété, et parfois renouvelé en dehors même de toute intervention du législateur. [...] Il est manifeste que les arrêts de la Cour de Cassation ou du Conseil d'État français ont fréquemment déterminé la jurisprudence en maints pays étrangers où l'on était disposé à regarder le droit français comme un modèle [...]»³

C'est ainsi que le droit civil québécois, qui a souvent recours au droit français dont il partage les racines, a également recours au droit de *common law* dans l'usage ambigu qu'il fait de la jurisprudence

Pour l'instant, rien n'indique que la comparaison doctrinale des droits à l'intérieur même du Québec soit plus nocive que celle qui se fait entre États de souche juridique différente. C'est ce que nous avons à l'esprit en examinant, sans tenter de les réconcilier, la jurisprudence québécoise des tribunaux de droit civil et celle des tribunaux de droit administratif, sous l'angle de la confiance qu'elles peuvent toutes deux engendrer.

Même si le terme de confiance légitime est surtout utilisé par la Cour de justice des communautés européennes, la notion qu'il évoque est voisine d'un principe plus large, celui de la sécurité juridique, que le droit québécois entend respecter en dépit de ses contours assez flous :

«C'est une notion très vague. Elle a de surcroît une connotation psychologique, qui la rend malaisée à cerner. Et même si l'on pouvait s'accorder par convention sur une définition, il resterait à déterminer si cette notion peut être univoque. Car l'idée de sécurité n'est sans doute pas perçue de la même façon par le juge qui fait la jurisprudence, par le juriste pour qui c'est un instrument de travail, par le justiciable qui la subit ou qui en tire profit.»⁴

3. David, *supra* note 1 à la p. 6.

4. D. Foussard, «Rapport de synthèse» dans *Sécurité du droit et jurisprudence*, Entretiens de Nanterre, J.C.P., suppl. n° 6, Édition Entreprises, 1990 à la p. 17.

La définition même de ce qu'est la sécurité du droit fait problème; toutefois, le moyen dénominateur de toutes les définitions envisagées semble se trouver dans l'idée de certitude et de prévisibilité du droit. L'auteur a raison de suggérer, et c'est particulièrement vrai dans le cadre d'un litige, que le justiciable tirant profit de la sécurité du droit verra par ailleurs son adversaire la subir : sécurité pour le premier, elle signifiera statisme et rigidité pour le second. Sans remettre en cause le principe même de la sécurité juridique, il convient de se rappeler qu'une fois mesuré à l'aune de la jurisprudence, et même invariablement respecté, il présentera des inconvénients tout comme des avantages.

Idéalement, cette certitude et cette prévisibilité ne devraient pas devoir être recherchées dans la jurisprudence : elles devraient s'incarner dans la première source du droit civil qu'est la loi. Mais parce qu'une législation parfaitement conçue, parfaitement exprimée conformément à sa conception parfaite et uniformément comprise par tous est une législation invraisemblable, la prévisibilité et la certitude de la loi devront être recherchées dans les interprétations que les tribunaux de droit civil en feront.

Conséquemment, nous entendrons par jurisprudence, mot qui recèle six ou sept sens différents,⁵ l'ensemble des décisions de justice rendues pendant une certaine période par les tribunaux judiciaires en matière de droit civil.⁶ Le fait que la jurisprudence, ou *jurisprudencia*, ait déjà été la science du droit, et donc autre chose que l'affaire des juges, semble avoir été oublié. Pourtant, jurisprudence et jurisprudence des tribunaux n'ont pas toujours été synonymes.⁷

Nous nous proposons d'examiner la sécurité juridique que l'activité des tribunaux de droit civil est en mesure d'offrir au citoyen, de façon à maintenir chez lui une sorte de «confiance légitime» : c'est la sécurité qui entraîne la confiance, cette dernière ne sachant exister sans la première, puisqu'elle en découle. Or, en droit civil, certains facteurs nous rapprochent du principe de sécurité juridique et certains facteurs, parfois les mêmes, mais vus sous un angle différent, nous en éloignent.

5. Voir P. Jestaz, «La jurisprudence, ombre du contentieux», D. 1989, Chr. aux pp. 149-153.

6. Ce qui est conforme à l'une des définitions proposées par Cornu : G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Paris, P.U.F. 1990 à la p. 461.

7. F. Zenati, *La jurisprudence*, Paris, Dalloz, 1991 aux pp. 106-107.

I - FACTEURS D'APPARENTE SÉCURITÉ JURIDIQUE

A. La séparation des pouvoirs

Le principe de la séparation des pouvoirs législatif et judiciaire, qui ne semble pas toucher les matières administratives dans les pays entièrement et uniformément civilistes,⁸ exige que le législateur n'intervienne pas dans les affaires soumises aux tribunaux et que, symétriquement, les tribunaux évitent de modifier la loi dans l'interprétation qu'ils sont appelés à en faire. Ce principe, consacré par la Constitution en France, est autrement reconnu et invoqué au Canada, où il est omniprésent.⁹ En écartant le législateur du processus judiciaire, la séparation des pouvoirs pourrait susciter chez le citoyen l'assurance que le juge sera libre de sa décision, que le droit ne changera pas en cours de litige, et que la décision rendue à l'issue du litige recevra son plein effet.¹⁰ Mais est-ce bien le cas?

L'absence de sanctions qui viendrait conférer une force obligatoire au principe de séparation des pouvoirs tend à en diminuer l'effet. Ainsi, la souveraineté du législateur étant plus forte que le principe de séparation des pouvoirs, ce dernier peut toujours choisir de s'interpréter lui-même, et contredire par une loi interprétative une jurisprudence déjà élaborée.¹¹ Par ailleurs, peu de causes sont susceptibles d'être décidées par un texte précis en droit civil,¹² de sorte que les tribunaux sont appelés à jouer un rôle créateur incompatible avec le respect absolu de la séparation des pouvoirs.

Tandis que le pouvoir législatif empiète volontairement sur le pouvoir judiciaire, ce dernier empiète par nécessité sur le premier, minant un principe

8. M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice : contribution à l'étude du principe de séparation des pouvoirs*, Paris, L.G.D.J., 1960 à la p. 17.

9. L.B. Tremblay, *The Rule of Law, Justice, and Interpretation*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 1997 aux pp. 189-190.

10. Lesage, *supra* note 8 à la p. 20.

11. Par exemple, l'adoption d'une loi interprétative en cours d'instance pourrait changer le sort d'une cause pendante; le problème des lois interprétatives est traité plus loin.

12. Portalis, cité par M. Kdhir, «Vers la fin de la sécurité juridique en droit français?», (1993) 46 *La Revue administrative*, 538 à la p. 540.

qui serait autrement susceptible de contribuer à la notion de confiance légitime dans la jurisprudence des tribunaux.

B. L'indépendance et l'inamovibilité des juges

L'indépendance des juges se veut le gage de leur impartialité :

«Le juge doit bénéficier d'une totale indépendance à l'égard de tous et, spécialement, à l'égard du pouvoir exécutif : l'indépendance est inhérente à la fonction de juge.»¹³

Assurée par diverses garanties institutionnelles, elle découle naturellement du principe de la séparation des pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qu'elle se trouve à confirmer. Par exemple, la sécurité financière des juges de la Cour supérieure du Québec est assurée par le Parlement et non par le gouvernement, en vertu de l'article 100 de l'*Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867*. Elle vise à placer chaque juge dans une position telle que l'exercice de son pouvoir sera le fruit d'un processus intellectuel fondé sur la loi et la raison, plutôt que sur un raisonnement contaminé par des influences extérieures comme l'inquiétude de voir sa responsabilité personnelle engagée, la tentation de céder à des pressions indues, la crainte de perdre des avantages matériels, ou la simple crainte de déplaire aux appareils législatif et exécutif.

L'inamovibilité des juges avant l'âge de soixante-quinze ans est une garantie de leur indépendance. Elle vise à les affranchir de l'emprise de l'exécutif : «Dire d'un juge qu'il est inamovible signifie qu'il ne peut faire l'objet d'une mesure individuelle quelconque prise à son encontre par le gouvernement».¹⁴ L'inamovibilité des juges bénéficie d'une protection constitutionnelle, puisque l'article 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867* rend la procédure de révocation d'un juge d'une Cour supérieure si onéreuse qu'elle en devient presque impraticable. Les juges de la Cour du Québec et des cours municipales de Laval, Montréal et Québec ne peuvent non plus être relevés de leurs fonctions, à moins d'une enquête sur requête du ministre de la Justice

13. R. Perrot, *Institutions judiciaires*, 4^e éd., Paris, Montchrestien, 1992 à la p. 329.

14. *Ibid.*

(articles 95 et 279 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*). En fait la destitution d'un juge québécois, qu'il relève du fédéral comme les juges de la Cour supérieure, ou du provincial comme les autres juges, ne relève pas de la discrétion des ministres de la justice, mais d'un processus complexe dans lequel l'appareil judiciaire joue un rôle de premier plan.

L'indépendance et l'inamovibilité des juges ayant juridiction au Québec, quoiqu'elles ne soient pas sans problèmes, s'harmonisent avec la conception philosophique que nous avons de la confiance légitime envers la jurisprudence des tribunaux. À partir de ces deux principes, le justiciable peut au moins se dire que la décision du juge ne sera pas faussée par la crainte de représailles étatiques, et qu'une objectivité optimale s'en trouvera favorisée.

C. La règle du précédent

«L'obligation de respecter le précédent est un élément important de sécurité juridique».¹⁵ Toutefois, cette obligation n'existe pas en droit civil, où chaque juge pourra interpréter la loi à l'aide des jugements antérieurs, mais sans être lié par ces derniers, puisque la «règle» du précédent n'a qu'une valeur persuasive. En effet, dans la conception civiliste du droit, la jurisprudence ne fait que compléter les principes exprimés par le législateur sous forme de codification¹⁶ ce qui la rend davantage «contradictoire et instable».¹⁷ La règle du précédent ne doit pas être confondue avec celle, plus contraignante, du *stare decisis* qui a cours en *common law*.

Même si, à première vue, la règle du précédent judiciaire pourrait constituer un facteur de confiance et de stabilité, son emploi facultatif et irrégulier, à partir d'un corpus de décisions arbitrairement sélectionnées,¹⁸ l'empêche de remplir ce rôle. Nous y reviendrons, en examinant plus loin la règle du précédent comme facteur d'insécurité juridique.

15. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 542.

16. H. Mazeaud et al., *Leçons de droit civil*, t. 1, Paris, Montchrestien, 1983 à la p. 95.

17. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 541.

18. Voir ci-dessous Partie II D).

D. La chose jugée ou *res judicata*

C'est l'interdiction de revenir sur l'objet de la décision, une fois expirés les délais d'appel : ce qui a été jugé ne peut être remis en cause dans l'avenir. C'est une sécurité à venir qu'engendre la chose jugée, sécurité bien différente de la notion de confiance s'enracinant dans le présent et exigeant qu'on puisse répondre à la question : quel est l'état du droit actuel à la lumière de la jurisprudence?

La seule perspective de la chose jugée peut ainsi desservir la sécurité actuelle et présente du droit, par exemple quand la situation en litige est destinée à se heurter à une loi interprétative (loi postérieure par laquelle le législateur interprète lui-même sa loi antérieure, laquelle se trouve rétroactivement soumise à cette interprétation), laquelle a un effet rétroactif malgré tout jugement rendu entre-temps à l'effet contraire. Dans ce cas, les jugements à l'effet contraire, qui sont chose jugée, ne pourront être révisés à la lumière de la loi nouvelle. La chose jugée, dans ce dernier cas, est de nature à entamer toute amorce de confiance légitime : comment le citoyen serait-il rassuré à l'idée de ne pouvoir revenir sur une décision défavorable même si une loi vient ultérieurement lui donner raison? Certes, vue sous l'angle de son adversaire, la chose jugée sera source de sécurité juridique, mais une sécurité qui n'est pas symétrique ne constitue pas une sécurité.

En plus d'offrir une sécurité à venir, sécurité parfois même unilatérale, l'interdiction de revenir sur l'objet de la décision crée une sécurité toute relative : elle ne vaut qu'entre les mêmes parties, quant aux mêmes faits et au même objet.¹⁹ Elle laisse les parties à la merci des tiers, et empêche de surcroît les tiers de se fier au principe émis dans le jugement :

«L'autorité relative de la chose jugée s'oppose à ce que la solution qui se dégage d'un jugement soit invoquée contre une personne qui n'a pas été partie au procès. Si un jugement pose un principe, ce principe ne peut être considéré comme contraignant pour les tiers.»²⁰

19. Perrot, *supra* note 13 à la p. 530.

20. Zenati, *supra* note 7 aux pp. 122-123.

Pour ces raisons, le principe de la chose jugée ne fonde pas une véritable certitude juridique, même s'il semble s'en approcher.

E. L'obligation de motiver les jugements

La motivation des jugements est obligatoire en droit de tradition civiliste. Elle se veut «une garantie contre tout danger d'arbitraire».²¹ Sans satisfaire pleinement cette ambition, l'obligation de motiver constitue certainement un facteur de sécurité du droit : connaissant les motifs d'une décision passée, l'interprète actuel sera mieux en mesure de connaître l'état du droit, et d'anticiper les décisions à venir. Il faudrait toutefois que les jugements des tribunaux soient eux-mêmes source de sécurité pour que leur motivation vienne affirmer cette même sécurité.

Par ailleurs, en favorisant la création du droit par les juges et en multipliant ainsi le risque d'arbitraire, la motivation des jugements offre une garantie que nous pourrions qualifier de réversible :

«Initialement imposée pour contraindre le juge à appliquer la loi, la motivation devient le vecteur privilégié de l'expansion du précédent judiciaire. Elle permet [...] de dégager la raison de juger, c'est-à-dire le principe appliqué ou *créé* par le juge pour la solution du procès.»²²

Ici encore, ce qui semble favoriser la notion de confiance légitime devient paradoxalement une source potentielle d'insécurité.

II - FACTEURS D'INSÉCURITÉ JURIDIQUE

A. La règle du précédent

Le *stare decisis* est une obligation de *common law* qui soumet les décisions des tribunaux inférieurs à celles des tribunaux hiérarchiquement supérieurs, et qui impose les décisions antérieures aux décisions subséquentes, fussent-elles issues d'une même Cour. La règle du *précédent* constitue pour sa

21. Perrot, *supra* note 13 à la p. 589.

22. Zenati, *supra* note 7 à la p. 62.

part une notion civiliste, essentiellement étrangère à la *common law*, et qui crée non pas une obligation de «s'en tenir à ce qui a été dit», mais bien une force de persuasion relevant d'une autorité plus morale et utilitaire que juridique. Le précédent de droit civil ne lie donc pas le tribunal :

«À la différence du précédent anglo-saxon où le *stare decisis* (s'en tenir à ce qui a été dit) s'impose juridiquement, le précédent français n'a pour lui que l'autorité morale et la commodité psychologique.»²³

Nous avons vu que la règle du précédent pouvait, à première vue, susciter la confiance envers la jurisprudence des tribunaux en droit civil. Examinons maintenant les certitudes et les incertitudes se rattachant au précédent judiciaire et à l'usage qu'en font les tribunaux.

Le statut, le rôle et l'autorité de la jurisprudence sont fondamentalement différents en droit civil et en *common law*. Premièrement, la jurisprudence en droit civil est une source secondaire de droit; deuxièmement, son rôle n'est pas d'assurer la cohérence et la stabilité du droit mais plutôt d'appliquer une loi générale et abstraite à des situations concrètes; troisièmement, sa fonction n'est pas de contraindre les tribunaux mais bien de les guider.

La *common law* repose sur la jurisprudence et obéit à un raisonnement inductif, allant ainsi du particulier au général, c'est-à-dire partant d'un cas particulier pour en tirer une règle applicable (sous forme de jugement). Le droit civil quant à lui repose sur la loi et obéit à un raisonnement déductif, allant ainsi du général au particulier, c'est-à-dire partant d'une règle générale (la loi) pour l'appliquer à un cas particulier.²⁴ Le statut de la jurisprudence, qui est la première source du droit en *common law*, est donc hiérarchiquement inférieur en droit civil, où la jurisprudence ne sert officiellement qu'à interpréter le droit et non pas à le créer, ce qui est d'abord le rôle de la loi.²⁵

23. B. Starck, *Introduction au droit*, 3^e éd., Paris, Litec, 1991 à la p. 341.

24. W. Friedmann, «Stare Decisis at Common Law and under the Civil Code of Quebec» (1953) 31 Can. Bar Rev. 723 à la p. 724.

25. C. Lemieux, «Éléments d'interprétation en droit civil» (1994) 24 R.D.U.S. 221 aux pp. 231-232.

Une jurisprudence hiérarchiquement inférieure est moins susceptible d'offrir une quelconque sécurité : d'abord, elle ne constitue pas la règle mais se contente de l'interpréter; ensuite, elle n'a pas à être suivie dans les interprétations ultérieures qui seront faites de la même règle de droit. Que faire d'une jurisprudence qui n'est ni une règle, ni une interprétation définitive de la règle? L'auteur Walton en prescrivait ainsi l'usage :

«[L]orsqu'on ne peut résoudre une question ni par une référence aux autres articles du code, ni par les commentaires des codificateurs, les décisions rendues sur la question constituent le meilleur guide auquel on puisse se fier ensuite.»²⁶

Or la nature d'une codification de droit civil se prête difficilement au respect, par la jurisprudence qui se développe autour, d'une certaine rigidité indissociable de la notion de confiance. Ce qui est vrai en France l'est également ici :

«La loi [...] apparaît comme un mode rationnel d'élaboration du droit dont la perfection formelle met cruellement en lumière l'anarchie structurelle de la production jurisprudentielle. [...] Outre le fait qu'elle s'élabore de manière localisée et circonstancielle, la jurisprudence se voit reprocher une genèse chaotique et contradictoire [...]»²⁷

La majorité de la doctrine confirme cette réserve à l'endroit de la jurisprudence de droit civil. On comprendra donc que le civiliste préfère chercher sa sécurité dans la loi avant de la chercher dans la jurisprudence. Trouvera-t-il dans la loi la sécurité que la jurisprudence ne peut lui offrir? C'est une toute autre question; compte tenu de l'abondance des lois expressément rétroactives au Québec, abondance contre laquelle personne ne semble s'insurger, la loi n'est même plus en mesure d'offrir au citoyen la certitude qu'il vit sous l'empire de règles présentes et non sous celles de règles futures, dont la teneur est forcément occulte.

26. F.P. Walton, *Le domaine et l'interprétation du Code civil du Bas Canada*, Toronto, Butterworths, 1980 à la p. 104.

27. Zenati, *supra* note 7 à la p. 266.

Mais revenons à la jurisprudence. Dans les faits, et malgré son statut de seconde source du droit, elle tient un grand rôle dans l'interprétation du droit civil au Québec. C'est sans doute en raison du voisinage de la *common law* que les juges québécois sont devenus de grands consommateurs de jurisprudence. Les tribunaux sont portés à suivre les décisions qu'ils ont déjà rendues, les juges qui les président portant, parfois dans une même journée, le double chapeau de civilistes et de *common lawyers*. Encore plus souvent, et bien que rien ne les y oblige, les tribunaux suivront les décisions des tribunaux supérieurs. Dans ce dernier cas, ils sont mûs par des incitatifs très concrets : aucun juge n'aime voir sa décision infirmée en appel. Toutefois, cette habitude informelle est trop incertaine et imprévisible pour pouvoir en tirer la conclusion que la jurisprudence en droit civil québécois offre certitude et prévisibilité.²⁸

B. La loi interprétative

La loi interprétative est celle «[qui] tend, de la part de l'auteur d'un acte, à clarifier celui-ci par un éclaircissement destiné à s'incorporer à l'acte interprété».²⁹ Elle est interprétative de la volonté du législateur. Il s'agit d'une loi purement explicative, destinée à interpréter une loi précédente pour en préciser le sens et la portée.³⁰ Elle prétend ne pas pouvoir excéder le rôle qu'un juge aurait pu exercer dans l'interprétation de la même loi. Il s'agit donc d'un mode de réparation, qui officiellement reconnaît l'interprétation comme relevant du judiciaire.³¹

28. La question de savoir si le *stare decisis* est une source de véritable sécurité réside dans une comparaison entre nos deux systèmes de droit, comparaison dont l'ampleur dépasse l'objet de notre propos; toutefois, on reconnaît que «l'obligation de respecter le précédent est un élément important de sécurité juridique» en *common law* : M. Kdhir, *supra* note 12 à la p. 542.

29. Cornu, *supra* note 6 à la p. 443.

30. Perrot, *supra* note 13 à la p. 32; G. Cornu, *Droit civil : introduction, Les personnes, Les biens*, 5^e éd., Paris, Montchrestien, 1991, p. 127 [ci-après *Droit civil*].

31. *Droit civil*, *ibid.* à la p. 130 note 35.

Malgré cet énoncé de principe, sous le couvert de la loi interprétative, le législateur souverain pourra toujours se substituer au juge pour s'interpréter lui-même de façon substantielle et non simplement formelle.³²

Mais le problème de cette loi est surtout d'être, par essence même, rétroactive : la disposition interprétative s'incorpore à la loi interprétée et est censée en faire partie depuis son adoption. Elle intervient pour dire ce qui a toujours été (ou ce qui aurait toujours dû être), en dépit des malencontreuses interprétations contraires qui auraient pu intervenir entre-temps, c'est-à-dire malgré les jugements intervenus entre la loi à interpréter et la loi venant subséquemment interpréter cette dernière. Bien qu'elle n'invalide pas les jugements déjà rendus, la loi rétroactive vient démontrer qu'au moins l'une des parties à un litige réglé, et dont les délais d'appel sont échus, aura eu tort de se fier au tribunal : les jugements rendus avant l'intervention du législateur ont force de chose jugée.³³

Outre leur mépris de la séparation des pouvoirs, puisqu'elles peuvent constituer une immixtion du législatif dans le champ du judiciaire, le caractère rétroactif de ces lois fait problème et ouvre la porte à de dangereux abus en ce qui concerne la sécurité du citoyen et la prévisibilité des règles. La rétroactivité d'une règle de droit est certainement la pire menace pour la sécurité et la prévisibilité du droit. Or, la loi interprétative offre au législateur la malheureuse possibilité de déguiser une rétroactivité substantielle en loi interprétative. Ce danger de rétroactivité déguisée a été souligné par maints auteurs français :

«[...] pour qu'une loi soit vraiment interprétative, il faut qu'il y ait eu matière à interprétation, qu'il y ait eu une controverse à résoudre (que les tribunaux auraient pu résoudre par leurs propres moyens, quoique plus péniblement, si la loi n'était intervenue). Or, il arrive que le législateur, abusivement, déclare interprétative une loi nouvelle qui est

32. La loi interprétative n'a rien à voir avec le référé législatif, qui était fondé sur l'idée que l'auteur d'une règle est mieux placé que quiconque pour en dévoiler le sens (a fonctionné de 1790 à 1837, pour les assemblées parlementaires). Tandis que les lois interprétatives sont un mode de réparation qui reconnaît l'interprétation comme relevant du judiciaire : *ibid.*

33. Voir à propos de la chose jugée, ci-dessus Partie I D).

en réalité modificative d'une loi antérieure, afin de la rendre rétroactive sans l'avouer.»³⁴

Au Québec et en matières civiles, la possibilité pour le législateur d'adopter en toute impunité des lois expressément rétroactives le délivre de la nécessité de déguiser une loi rétroactive en simple loi interprétative, mais la tentation demeure pour lui de ce faire, quand on sait que l'abus des lois rétroactives devra tôt ou tard être dénoncé.

Pour l'avenir, la loi interprétative doit s'analyser «comme un ordre donné par le législateur aux tribunaux et leur enjoignant de modifier leur interprétation».³⁵ À l'époque où le législateur croyait encore nécessaire de se justifier, il justifiait son droit d'interpréter ses propres lois par cette maxime maintenant oubliée : *ejus est legem interpretari, cujus est condere*.³⁶ Maintenant, les lois interprétatives ne semblent plus mériter de justification.

C. Les Commentaires du ministre de la Justice

Entre la sanction (1991) et l'entrée en vigueur (1994) du *Code civil du Québec* est apparue une édition officielle des *Commentaires du ministre de la Justice*³⁷ sur ce nouveau code. Les commentaires du ministre de l'époque n'ont pas le statut de travaux préparatoires. Ils équivalent en quelque sorte à des travaux d'interprétation de la loi : ils représentent l'opinion d'un ministre sur une loi déjà adoptée. En conséquence, ils ont une simple valeur de doctrine.³⁸

Pourtant, et même quand les *Commentaires du ministre de la Justice* changent la substance des articles commentés (exemple : le commentaire de l'article 903 C.c.Q. en matière d'immeubles), le premier réflexe des juges et

34. J. Carbonnier, *Droit civil : Introduction*, 23^e éd., Paris, P.U.F., 1995 à la p. 204; voir aussi *Droit civil*, *supra* note 30 : «[...] c'est un mode marginal (d'interprétation des lois), en droit et en fait. Il a ses dangers (conférer subrepticement une rétroactivité à une loi qui, sous couvert d'interprétation, modifie [...])»; Starck, *supra* note 23 à la p. 237.

35. Lesage, *supra* note 8 à la p. 104.

36. Traduction libre : «À celui qui crée la loi il appartient de l'interpréter».

37. Québec, Ministère de la justice, *Les publications du Québec*, 1993, 3 tomes.

38. Lemieux, *supra* note 25 à la p. 251.

juristes sera de les trouver rassurants, et de conclure qu'ils sont aussi indispensables que substantiels. Ces commentaires ne sont pas adoptés par le Parlement, et pourtant :

«[ils] sont invariablement consultés par les interprètes du nouveau *Code*. Or [...] leur poids mériterait d'être questionné, et leur contenu ne nous paraît pas incontestable. Un argument milite pourtant en faveur de leur importance; c'est que l'interprète, citoyen ou juriste, aura pu s'y fier et adapter sa conduite en conséquence, de sorte que la certitude du droit pourrait souffrir de leur mise à l'écart.»³⁹

Les commentaires du ministre créent en quelque sorte un malentendu lourd de conséquences : si la jurisprudence ne les suit pas, ils risquent d'avoir créé chez le citoyen une fausse confiance; si la jurisprudence les suit invariablement, elle les érige en fausse législation et leur donne un statut qui ne leur revient pas. Dans un cas comme dans l'autre, nous croyons malheureusement que ces commentaires sont davantage une source de confusion que de lumière.⁴⁰

Bref, nous croyons qu'ils peuvent créer chez le justiciable une fausse sécurité et que, par là même, ils sont source d'insécurité. Plus ils serviront de *ratio decidendi* dans les jugements, plus ils contribueront à l'insécurité que, nous l'espérons, ils auraient voulu dissiper.

D. L' inaccessibilité des jugements

Pour fonder une certaine confiance, la jurisprudence doit être prévisible et relativement stable (encore qu'elle ne doit pas empêcher le droit d'évoluer). Mais elle doit en outre être accessible.⁴¹ Au Québec, cette accessibilité dépend entièrement du monopole de la Société québécoise d'information juridique, plus simplement appelée la Soquij. Cette société d'État exerce une influence directe, imposante et contestable. La vieille maison d'édition Wilson et Lafleur

39. *Ibid.* à la p. 252.

40. Pour emprunter les mots qu'avait le regretté Henri Capitant à propos d'une toute autre chose; les travaux préparatoires : H. Capitant, «Les travaux préparatoires et l'interprétation des lois» dans *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, t. 2, Paris, Duchemin, 1977, 204 à la p. 213 et s.

41. Voir, entre autres, Foussard, *supra* note 4 à la p. 18.

a justement contesté ce monopole sur les courants jurisprudentiels devant la Cour supérieure du Québec, mais a été déboutée.⁴²

Les jugements de la Cour d'appel, de la Cour supérieure, de la Cour du Québec et des autres tribunaux parviennent tous à Soquij. À cette étape, une équipe d'avocats et de notaires, qu'on appelle des arrêlistes, lit tous ces jugements et sélectionne ceux qui seront publiés, et qui deviendront donc accessibles. Environ un jugement sur cinq sera publié, les autres seront détruits.⁴³ Pour obtenir ceux qui n'auront pas été retenus pour publication par les arrêlistes, il faudra d'abord connaître leur existence, ce qui relève de la chance, ensuite s'adresser au greffe du tribunal qui les a rendus, et enfin payer un prix assez élevé pour en obtenir copie.

C'est donc dire que la sélection et la diffusion du droit tel qu'interprété par les tribunaux québécois sont soumises à l'arbitraire d'une société d'État; des jugements hermétiques et plus ou moins confidentiels ne peuvent former ce qu'il convient d'appeler une jurisprudence. L'accessibilité de la jurisprudence est entravée par le monopole de Soquij, et la sécurité du droit jurisprudentiel en souffre.

Même sans ce monopole étatique, la véritable «création» de la jurisprudence reviendrait quand même à des éditeurs. Si ce moindre mal pouvait susciter une amorce de confiance, elle pourrait encore se trouver diluée, dirigée et même manipulée par le pouvoir occulte des éditeurs.⁴⁴ La pléthore de jugements rendus empêche donc, pour des raisons pratiques, l'accessibilité de la jurisprudence. Cependant, la sélection des jugements susceptibles de former le droit applicable ne devrait surtout pas reposer sur une société d'État, et l'obtention des jugements devrait être gratuite.

42. *Wilson & Lafleur ltée c. La Société québécoise d'information juridique*, [1998] R.J.Q. 2489 (C.S.).

43. *La Presse [de Montréal]* (22 avril 1998) A-12.

44. Foussard, *supra* note 4 à la p. 19.

E. Le problème plus général de l'interprétation

La question de l'interprétation du droit par les juges constitue un facteur d'incertitude plurielle. Même si le rôle créateur de l'interprète peut, et doit être questionné, sa réalité ne saurait être discutée. Elle participe de la nature même du droit de *common law* :

«Ce qu'il faut bien voir est que, lorsqu'on parle des juges comme étant des créateurs de droit, on ne fait qu'exprimer une évidente banalité; il va de soi que toute interprétation a un caractère de création, que toute interprétation judiciaire est *law making*. Pour citer [...] Lord Radcliffe : [...] il n'y a jamais eu de controverse plus stérile que celle touchant la question de savoir si le juge contribuait à créer le droit. Il est patent qu'il en est ainsi. Comment pourrait-il en être autrement?»⁴⁵

Mais c'est aussi une réalité de longue date en droit civil. Sans répondre aux mêmes impératifs, la création du droit par les juges civilistes est inévitable, puisqu'aucun juge ni juriste ne peut échapper au glissant travail de l'interprétation d'une part, et que, d'autre part, toute interprétation recèle une part de subjectivité qui fait forcément appel à une forme de création. En matière de droit civil, la facture même de la loi, énoncée sous forme de principes généraux et ignorante des détails, incite à l'activité interprétative, provoque le recours aux arguments logiques extensifs *a pari* et *a fortiori*, et appelle une interprétation dynamique capable de traverser le temps.⁴⁶ Malgré tout, la prise de conscience de la communauté juridique québécoise en ce qui concerne le rôle créateur du juge est survenue tardivement : la reconnaissance, parfois désolée, de cette réalité a dû faire lentement son chemin. L'explication réside sans doute dans la complexité du système québécois.

Les juges québécois sont, lorsqu'ils entendent des causes de *common law*, soumis à la règle contraignante du *stare decisis*, tandis qu'ils sont, lorsqu'ils entendent des causes de droit civil, soumis à la seule autorité morale de précédents qui ne sauraient les lier. Nous avons déjà évoqué le problème de

45. M. Cappelletti, *Le pouvoir des juges*, Paris, Economica et Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1990 à la p. 33.

46. Voir Lemieux, *supra* note 25.

confusion des rôles qui en découle.⁴⁷ Le paradoxe est bien rendu par les auteurs Brierly et Macdonald :

«[...] the absence of a separate Civil law division in Quebec courts means that a specific methodology appropriate to codal interpretation has not been developed. At the same time that judges were deciding cases under the Civil Code, they were also adjudicating disputes from other fields of law (criminal law, admiralty, administrative, and municipal law) [...]»⁴⁸

Cette situation prétend obliger les juges à «s'en tenir à ce qui a été dit» par la jurisprudence d'une part, et à interpréter activement des lois énoncées sous forme de principes généraux d'autre part. Créateurs de droit autorisés en *common law*, ils n'en sont pas moins bâillonnés par les créations antérieures de leurs collègues (même s'il leur est possible d'établir une distinction par rapport aux précédents). Simples interprètes de la loi en droit civil, ils n'en sont pas moins obligés de créer du droit, puisque les codifications de droit civil ne cherchent pas à prévoir des situations, mais bien à édicter des normes.

Du seul fait de leur travail d'interprétation, les juges se retrouvent donc créateurs de droit, ce qui amène l'auteur et juge Albert Mayrand à souligner que la loi «[...] commande au juge de l'interpréter. Cette mission oblige le juge à lire entre les lignes de la loi mais, c'est fatal, tous n'y lisent pas la même chose».⁴⁹

Or cette difficile mission de création, longtemps niée, ensuite occultée, et enfin reconnue quoique avec une certaine répugnance, ne répond à aucune autre balise que le texte du législateur : «[...] le résultat auquel conduit le processus d'interprétation du juge n'est jamais prédéterminé de façon non équivoque et mécanique».⁵⁰

47. Voir ci-dessus Partie I B).

48. J.E.C. Brierly et R.A. Macdonald, *Quebec Civil Law*, Toronto, Emond Montgomery, 1993 à la p. 53.

49. A. Mayrand, «L'autorité du précédent au Québec» (1994) 28 R.J.T. 771 à la p. 797.

50. Cappelletti, *supra* note 45 à la p. 33.

Hors texte, et sans la contrainte du *stare decisis* anglais, l'interprète civiliste est théoriquement imprévisible; comment dès lors parler de prévisibilité du droit et de sécurité juridique?

CONCLUSION

En somme, l'examen de la jurisprudence, fait à la lumière de la doctrine, révèle que le concept de confiance légitime ne fait pas partie du droit civil québécois. Tout au plus, et sans bénéficier d'un statut juridique particulier, il est tissé sur la toile du principe général de sécurité du droit, principe dont on a pu constater qu'il souffre de nombreuses entorses.

RDUS

Revue de DROIT

UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

- Titre :** L'APPRÉCIATION DU LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LE PRÉJUDICE CORPOREL ET LE FAIT ACCIDENTEL DANS LE CADRE DE LA « LOI SUR L'ASSURANCE AUTOMOBILE »
- Auteur(s) :** Robert TÉTRAULT
- Revue :** *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2
- Pages :** **245-319**
- ISSN :** 0317-9656
- Éditeur :** Université de Sherbrooke. Faculté de droit.
- URI :** <http://hdl.handle.net/11143/12731>
- DOI :** <https://doi.org/10.17118/11143/12731>

Page vide laissée intentionnellement.

L'APPRÉCIATION DU LIEN DE CAUSALITÉ ENTRE LE PRÉJUDICE CORPOREL ET LE FAIT ACCIDENTEL DANS LE CADRE DE LA LOI SUR L'ASSURANCE AUTOMOBILE

par Robert TÉTRAULT*

Au Québec, les tribunaux de droit commun interprètent de façon large et libérale la Loi sur l'assurance automobile lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'est un accident au sens de la Loi, soit tout événement au cours duquel un dommage est causé par une automobile. Les problèmes de causalité se posent également lorsqu'il s'agit d'établir subséquemment le lien entre un préjudice corporel et l'accident. Cet aspect est du ressort exclusif du tribunal administratif. Or, on constate qu'en matière de causalité, la Division de l'assurance automobile de la Commission des affaires sociales a suivi une démarche d'interprétation stricte qui se démarque de celle des tribunaux de droit commun.

Comment le tribunal administratif apprécie-t-il le lien de causalité entre le préjudice corporel et l'accident dans le contexte de la Loi sur l'assurance automobile? La Commission des affaires sociales, et le Tribunal administratif du Québec qui lui succède, en sont-ils venus à appliquer des normes scientifiques de causalité au contact des médecins experts qui soumettent leurs avis? Ces normes viennent-elles en conflit avec les normes juridiques applicables dans le cadre d'une loi remédiatrice à caractère social? Cet article rend compte de la jurisprudence de la Commission des affaires sociales et présente des éléments d'analyse susceptibles d'apporter des éléments de réponse à ces questions.

*, Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

In determining whether an accident falls within the ambit of the Quebec Automobile Insurance Act no-fault scheme, superior courts tend to adopt a very liberal approach in determining what actually constitutes «any event in which damage is caused by an automobile». There are other issues of causation which must be resolved in establishing whether an accident was indeed the cause of bodily injury. This aspect falls normally within the exclusive competence of the Tribunal administratif du Québec, which recently replaced the Commission des affaires sociales, an administrative tribunal which tended to evaluate causation according to stricter criteria than the courts of general jurisdiction.

How can this be explained? Indeed, what are the standards of causation applied by the administrative tribunal? To what extent are these standards inspired by the scientific community whose evidence is relied upon by the tribunal? Are these standards appropriate in the context of a remedial law that seeks to indemnify personal injury on a no-fault basis? This paper reviews decisions by the Commission des affaires sociales, emphasizing those elements of analysis which may provide answers to these interrogations.

	<i>L'appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel</i>	247
(1998-99) 29 R.D.U.S.	<i>dans le cadre de la Loi sur l'assurance automobile</i>	

SOMMAIRE

Introduction	249
I. Les paramètres issus de la jurisprudence de la Commission des affaires sociales	252
A. Les paramètres généraux : lien <i>sui generis</i> ou normes inspirées du droit commun?	254
B. Deux paramètres spécifiques : la rupture du lien de causalité et l'incidence d'une condition personnelle préexistante	266
II. L'influence des normes scientifiques dans l'appréciation du lien de causalité	274
A. Objectivation des lésions et critères d'imputabilité médicale	275
B. Normes juridiques ou normes scientifiques? L'affaire <i>Martelli</i> et ses suites	297
Conclusion	317

Introduction

Les questions de causalité sont cruciales pour l'application de régimes d'indemnisation tels que celui établi par la *Loi sur l'assurance automobile* [ci-après «la Loi»]. Dans le contexte particulier de ce régime, on peut distinguer deux types de situation où elles se posent : en premier lieu lorsqu'il s'agit de déterminer si l'accident relève de la *Loi sur l'assurance automobile* et, en second lieu, lorsqu'il s'agit de déterminer si les malaises, les séquelles ou le décès sont effectivement attribuables à l'accident d'automobile. Il appert que les exigences en matière de lien de causalité diffèrent sensiblement dans l'un et l'autre cas.

La Société de l'assurance automobile doit décider si la personne qui lui soumet une réclamation est une victime au sens de la Loi. Cette question se pose également au juge de la Cour supérieure du Québec dans un recours en dommages corporels où une automobile a pu jouer un rôle quelconque. Le défendeur fait généralement valoir que la poursuite doit être rejetée en invoquant l'article 83.57 de la Loi et le tribunal doit disposer de ce moyen de non-recevabilité. Plusieurs décisions de la Cour supérieure du Québec sur ces questions ont été portées en appel. La Cour d'appel du Québec a donc été appelée à préciser le sens de l'expression «dommage causé par une automobile».

À l'occasion de l'affaire *Productions Pram Inc. c. Lemay*,¹ la Cour d'appel du Québec a confirmé la tendance jurisprudentielle à l'effet d'interpréter la *Loi sur l'assurance automobile* de façon large et libérale. En analysant ce dossier, le juge Baudouin a formulé trois «règles fondamentales» à propos du lien de causalité requis pour établir si tel ou tel accident ressort bien de l'application de la loi :

«La première est que le lien de causalité requis par la loi est un lien *sui generis* et qu'il est vain, pour le qualifier, de s'enfermer dans les constructions doctrinales traditionnelles de la *causa causans*, *causa proxima*, causalité adéquate, causalité immédiate ou équivalence des conditions. Ces théories sont d'un grand secours en droit commun

1. *Productions Pram Inc. c. Lemay*, [1992] R.J.Q. 1738 (C.A.) [ci-après «Productions Pram Inc.»].

notamment lorsqu'il s'agit, pour le juge, d'évaluer le rapport causal entre la faute et le dommage. Elles ne le sont pas ici.[...]

La seconde est qu'on ne peut divorcer la détermination du type de causalité qui doit s'appliquer à l'espèce, des buts poursuivis par la loi qui, rappelons-le, est une loi remédialrice et à caractère social.

La troisième est qu'il est important de retourner au texte même. Celui-ci mentionne non seulement le dommage causé par une automobile [ce qui pourrait laisser supposer l'exigence d'un rôle actif de celle-ci], mais aussi par son chargement et "par son usage".²

Cette invitation à interpréter la *Loi sur l'assurance automobile* de façon large et libérale a par la suite mené à des résultats parfois surprenants,³ mais la tendance semble bien ancrée.⁴

Qu'en est-il de l'appréciation du lien de causalité dans le second type de situation décrit plus haut? La victime d'une entorse cervicale qui déclare ressentir des malaises persistants plusieurs mois après l'accident bénéficiera-t-elle d'une interprétation large et libérale de la loi dans la détermination des critères de causalité? Se verra-t-elle opposer les «constructions doctrinales traditionnelles» issues du droit commun en matière de lien de causalité entre

2. *Ibid.* aux pp. 1742-1743.

3. Voir *Landry c. Benoît*, [1993] R.J.Q. 1081 (C.S.), (1993) R.R.A. 468 (C.S.) : où la Cour supérieure avait conclu qu'un bandit qui s'enfuit au volant de son véhicule devient une victime au sens de la *Loi sur l'assurance automobile* s'il est atteint accidentellement par une balle de revolver tirée d'une auto-patrouille par un policier qui l'a pris en chasse; cette conclusion avait été reprise par la suite par une autre juge de la Cour supérieure après que rétractation du premier jugement ait été obtenue par la SAAQ : [1997] R.R.A. 99 (C.S.). La Cour d'appel a toutefois accueilli l'appel formé par la Société de l'assurance automobile; le dommage subi n'a aucun rapport avec l'usage de l'automobile : *SAAQ et Landry c. Benoît* (25 janvier 1999), Montréal 500-09-003499-969 (C.A.). Voir également *Roy-Dubois c. Restaurants McDonald's* (22 avril 1997), Montréal 500-05-016841-965 (C.S.) : où une cliente des Restaurants McDonald's a été ébouillantée par un café chaud qui lui était remis alors qu'elle se présentait au guichet de service au volant à bord de son véhicule alors immobilisé. La Cour a jugé que les blessures découlaient de l'usage du véhicule automobile.

4. En ce sens : T. Rousseau-Houle, «Le régime québécois d'assurance-automobile, vingt ans après.» (1998) 39 *Les Cahiers de droit* 213 aux pp. 219-223.

faute et dommage? Le lien de causalité accident / blessure / séquelle est-il *sui generis* dans le cadre de l'application de la *Loi sur l'assurance automobile*?

Ces questions sont rarement portées à l'attention des tribunaux supérieurs puisqu'elles relèvent de la juridiction du tribunal administratif spécialisé, en l'occurrence la Section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec qui a pris le relais de la division Assurance-automobile de la Commission des affaires sociales en avril 1998.⁵ Ce n'est qu'à l'occasion d'une demande de révision judiciaire que la Cour supérieure ou que la Cour d'appel du Québec seront amenées à examiner cet aspect. Et dans ce contexte, les tribunaux supérieurs font preuve d'une grande retenue.

Pour rendre compte de l'appréciation du lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel dans le cadre de la *Loi sur l'assurance automobile*, il faut donc se référer pour l'essentiel aux décisions du tribunal administratif, et plus spécifiquement aux décisions de la Commission des affaires sociales, puisqu'au moment d'écrire ces lignes, la Section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec n'avait rendu que quelques décisions. Nous constaterons que l'élaboration de paramètres généraux quant à l'appréciation du lien de causalité dans le contexte d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute est une entreprise ardue. Nous verrons par ailleurs que la Commission a élaboré certains paramètres spécifiques en matière de rupture du lien de causalité et en matière de condition personnelle préexistante.

D'autre part, des critiques ont été adressés à la Commission des affaires sociales à l'effet qu'elle appliquait des normes scientifiques, plutôt que des normes juridiques dans l'appréciation du lien de causalité. Pour en discuter, nous décrirons certaines approches suivies par la Commission, approches qui témoigneraient de l'influence que peuvent exercer les médecins experts et autres scientifiques auxquels la Commission a fait appel pour l'éclairer. Nous traiterons donc de l'objectivation des lésions et de l'application de certains «critères d'imputabilité médicale». Nous discuterons ensuite de la décision de

5. *Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1996, c. 54, art. 28, et *Loi sur l'application de la Loi sur la justice administrative*, L.Q. 1997, c. 43, art. 833.

la Cour supérieure du Québec dans l'affaire *Martelli*,⁶ où les critiques évoquées plus haut étaient au cœur du litige.

D'ici à ce que les tribunaux supérieurs, et plus spécifiquement la Cour d'appel du Québec, acceptent de traiter des ces questions au fond, nous espérons que cette analyse permettra au lecteur d'être situé quant aux positions du tribunal administratif spécialisé sur cet aspect important du régime québécois d'assurance-automobile.

I. Les paramètres issus de la jurisprudence de la Commission des affaires sociales

La question de la relation entre le fait accidentel et le préjudice subi, bien que fréquemment abordée dans le cadre des décisions de la Commission des affaires sociales, Division de l'assurance-automobile, n'a pas souvent fait l'objet de discussion quant à ses caractéristiques générales. Au fil des décisions, certains paramètres spécifiques ont vu le jour, mais il est difficile de cerner un cadre conceptuel qui servirait de guide aux adjudicateurs dans l'appréciation du lien de causalité. On note cependant qu'ils s'inspirent de la doctrine et de la jurisprudence en matière de responsabilité de droit commun basée sur la faute. Nous analyserons certaines décisions où la Commission s'est interrogée sur la nature du lien de causalité dans le contexte d'un régime d'indemnisation sans égard à la faute, puis nous présenterons quelques paramètres plus spécifiques qui ont semblé guider la Commission dans l'appréciation du lien de causalité.

Avant d'entreprendre l'analyse des décisions, il y a lieu de rappeler ce que nous dit le texte de la Loi. Aux fins du titre deuxième portant sur l'indemnisation du dommage corporel, l'article 2 de la *Loi sur l'assurance automobile* définit l'expression «dommage corporel» en ces termes : «tout dommage physique ou psychique d'une victime y compris le décès, *qui lui est causé dans un accident*, ainsi que les dommages aux vêtements que porte la

6. *Martelli c. Société de l'assurance automobile du Québec* (31 août 1995), Montréal 500-05-007230-921, J.E. 95-1803 (C.S.); requêtes en prolongation de délai accueillies : (30 mai 1996) Montréal 500-09-001483-957 et 500-09-001493-956 (C.A).

victime;». La définition de «victime» à l'article 6 renvoie au concept de «dommage corporel».

Par la suite, le texte de loi comporte d'autres expressions lorsqu'il s'agit d'attribuer les indemnités prévues. L'expression «en raison de l'accident» est la plus fréquente. Elle est employée de façon systématique en matière de remplacement du revenu où la formulation type se lit : «[la victime] a droit à une indemnité de remplacement du revenu si, en raison [de cet *ou* de l'] accident, elle est incapable [...]» d'exercer son emploi, ou de poursuivre ses études, etc.⁷ La même expression est utilisée pour les indemnités de décès⁸ et le remboursement de frais de garde ou de frais d'aide personnelle.⁹

La disposition générale en matière de réadaptation, l'article 83.7, énonce que des mesures nécessaires peuvent être prises «pour contribuer à la réadaptation d'une victime, pour atténuer ou faire disparaître toute incapacité résultant d'un dommage corporel...», ce qui renvoie à la définition de l'article 2. Par contre, l'article 73 qui concerne l'indemnité pour dommage non pécuniaire emploie une expression différente. Le premier membre de phrase se lit : «La victime qui subit une atteinte permanente à son intégrité physique ou psychique *à la suite d'un accident* a droit...».

Les expressions «causé dans un accident» et «en raison de l'accident» indiquent sans équivoque la nécessité d'un lien de cause à effet entre l'accident et le préjudice. L'expression «à la suite de» pourrait se prêter à une interprétation où il suffit que l'atteinte à l'intégrité soit chronologiquement postérieure au fait accidentel pour donner droit à l'indemnité, sans qu'il soit nécessaire d'établir de lien causal. Or, lue dans le contexte général du titre II de la loi, l'expression employée à l'article 73 ne peut se restreindre au seul enchaînement chronologique. D'ailleurs, le dictionnaire Robert énonce que l'expression «à la suite de» indique plus spécialement un lien de causalité.¹⁰

-
7. *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q., c. A-25, art. 14, 16, 17, 19, 24, 26, 28, 29.1, 32-33, 35, 36.1, 38-39, 42, 46-47, 50.
 8. *Ibid.*, art. 62.
 9. *Ibid.*, art. 79, 80, 83, 83.2.
 10. P. Robert et A. Rey, *Dictionnaire alphabétique et analogique de la langue française*, 2^e éd., Paris, Le Robert, 1989, vol. 9 à la p. 18.

En conséquence, le texte de la *Loi sur l'assurance automobile* énonce sans équivoque qu'il est nécessaire d'établir un lien de causalité entre le préjudice et le fait accidentel pour bénéficier des indemnités prévues au titre II de la loi. Par ailleurs, il y a lieu de préciser que le texte de loi n'emploie pas de qualificatif pour particulariser ce lien de causalité. On ne trouve pas d'expressions telles que «causé *directement*» ou «causé *immédiatement*». Ceci dit, examinons comment la Commission des affaires sociales a traité du lien de causalité entre le préjudice et le fait accidentel dans le contexte de la *Loi sur l'assurance automobile*.

A. Les paramètres généraux : lien *sui generis* ou normes inspirées du droit commun?

Une première décision de la Commission à laquelle on réfère lorsqu'on débat de la nature du lien de causalité dans un régime d'indemnisation sans égard à la faute a été rendue en matière d'accident du travail, sous le régime de la *Loi sur les accidents du travail*, qui a précédé la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*. Dans cette affaire,¹¹ la Commission devait déterminer si un arrêt de travail en 1978 pouvait être relié à un accident survenu en 1965. Pour nier la relation, on invoquait que les malaises cervicaux à l'origine de l'arrêt de travail étaient attribuables à un accident subséquent survenu alors que le travailleur était traité en physiothérapie. Un bris d'équipement avait provoqué un mouvement brusque causant une cervicalgie. On alléguait que l'accident ne s'étant pas produit par le fait ou à l'occasion du travail, il n'y avait pas lieu d'attribuer les indemnités prévues par la loi.

La Commission a abordé la nature du lien de causalité requis en ces termes :

«Le régime d'indemnisation qui est prévu à la *Loi sur les accidents du travail* comporte des conditions d'ouverture au droit à des indemnités qui peuvent être différentes de celles retrouvées en matière de responsabilité civile délictuelle ou quasi délictuelle. Qu'il suffise de mentionner la notion de faute qui est présente à l'article 1053 du *Code*

11. *Accidents du travail* - 3, [1984] C.A.S. 10 (AT-52211) [ci-après «Accidents du travail - 3»].

civil et à laquelle on a substitué une notion de risque professionnel en matière d'accidents du travail.

La nécessité d'une relation entre la blessure, la maladie ou le décès et l'accident survenu par le fait ou à l'occasion du travail est cependant également présente dans le régime statutaire puisque ce sont les séquelles de l'accident qui donnent lieu à indemnisation et non ce qui lui est étranger.

L'accident dont fut victime l'intimé le 25 octobre 1965 a-t-il entraîné la cervicalgie qui l'aurait rendu incapable de travailler en juin 1978?

La réponse à cette question n'est pas facile, car admettre la nécessité d'une relation est une chose mais en définir la nature en est une toute autre. Les tribunaux civils ont d'ailleurs été appelés à le faire dans le contexte de l'article 1053 et on peut constater, à la lecture de leurs décisions, qu'ils l'ont fait à la lumière des différentes situations qui leur furent soumises tentant de dégager certains principes de faits souvent complexes et ténus. La démarche en ce qui concerne la relation avec l'accident exigée en matière d'accidents du travail n'est sans doute pas différente quoiqu'il importe de tenir compte de certaines particularités du régime statutaire.

Il est en fait nécessaire de scruter les circonstances de chacun des cas procédant à une analyse qui en est détaillée. La question posée demeure souvent : en l'espèce, faut-il rompre ou maintenir la relation avec l'accident.

Dans le présent cas, la Commission en vient à la conclusion qu'il y a rupture de cette relation parce que l'événement qui a mené à l'apparition des malaises cervicaux constitue à lui seul un nouveau fait accidentel qui est en lui-même à l'origine de tout ce qui a suivi.»¹²

Tout en soulignant qu'il importait de tenir compte de certaines particularités du régime statutaire, la Commission n'a pas précisé quelles étaient ces particularités et quelles conséquences ont devait en tirer au titre de l'appréciation du lien de causalité. On mentionne que la notion de faute a été

12. *Ibid.* à la p. 11.

remplacée par la notion de risque professionnel, mais on ne s'interroge pas sur la portée de cette substitution.

En matière d'assurance-automobile, la Commission a eu recours au concept de «dommage direct» pour distinguer ce qui est attribuable à l'accident et ce qui lui est étranger. L'expression a été employée une première fois dans une décision¹³ que nous identifierons comme «le cas des aspirines». Dans cette affaire, un jeune garçon de six ans avait subi un traumatisme crânien sévère dans un accident d'automobile. Les séquelles neurologiques de l'accident ont eu pour conséquence que la victime a régressé à l'âge mental d'un enfant d'un an et demi qui porte à sa bouche tout ce qu'il trouve sur son passage. Pendant un moment où la surveillance constante dont il était l'objet s'était relâchée, il a avalé le contenu d'une bouteille pleine de comprimés d'aspirine qui était à sa portée. Il est décédé d'intoxication médicamenteuse aiguë. Il y a lieu de préciser que le décès est survenu près d'un an et demi après l'accident d'automobile, alors que l'enfant avait quitté l'hôpital et habitait chez ses parents. Bien que le pédiatre et le psychologue qui soignaient l'enfant reliaient directement le décès à l'accident d'automobile, le Bureau de révision de la Régie de l'assurance automobile confirmait le refus d'indemniser en ces termes :

«[...] il serait allé plutôt loin que d'admettre une relation accident d'automobile-décès en raison du seul fait, en définitive, que l'accident a provoqué un régression mentale chez la victime et, à ce compte, il faudrait relier une foule de dommages futurs qu'aurait pu subir cette jeune victime si elle avait vécu plusieurs années encore pour le motif que de tels dommages auraient été susceptibles d'avoir été la conséquence d'un état mental inférieur à l'âge réel de la victime;»¹⁴

Appelée à décider s'il s'agissait d'un décès «résultant d'un accident» aux termes de l'article 36 de la loi tel qu'il était rédigé à l'époque, la Commission a confirmé le refus prononcé par le Bureau de révision étant d'avis que le décès ne résultait pas directement de l'accident d'automobile, «puisque

13. *Assurance-automobile - 12*, [1984] C.A.S. 674 (AA-10524) [ci-après «A-A-12 (1984)»].

14. *Ibid.* à la p. 675.

des facteurs extérieurs à l'accident lui-même sont venus participer à la causalité du décès». ¹⁵

Dans cette décision, la Commission introduit le critère du «dommage direct» sur la seule base de sa lecture de l'article 36. Aucune source jurisprudentielle ou doctrinale n'est citée. Néanmoins, cette exigence d'un lien «direct» entre l'accident et le préjudice a été réaffirmée par la suite dans la décision *Assurance-automobile* - 23, ¹⁶ que nous désignerons comme le «cas de la camisole de force».

Cette décision allait devenir, pour ainsi dire, un «arrêt de principe» pour les Commissaires. ¹⁷ Dans cette affaire, un accidenté de la route avait subi un traumatisme crânien très sévère qui avait laissé des séquelles neurologiques importantes. Son état s'était graduellement détérioré et il était devenu si agité qu'on a jugé qu'il était médicalement nécessaire de le vêtir en permanence d'un gilet de contention. Un matin, on a constaté qu'une des courroies de sa camisole de force s'était enroulée autour de son cou et qu'il était décédé par strangulation. S'agissait-il du «décès d'une victime résultant d'un accident [d'automobile]», aux termes de l'article 36?

La Commission a soulevé le problème de la qualification du lien de causalité dans un régime sans égard à la faute, pour ensuite reprendre à son compte le critère du lien «direct» élaboré dans l'affaire des aspirines :

«Bien que le régime d'indemnisation prévu par cette loi ait totalement supprimé la notion de faute, du moins quant aux dommages corporels, on comprend toutefois que la nécessité d'établir une relation entre une blessure ou un décès et un accident d'automobile reste tout aussi présente puisque, en définitive, seules les séquelles attribuables à cet accident sont indemnissables et non ce qui pourrait lui être étranger.

15. *Ibid.* à la p. 676.

16. [1987] C.A.S. 515 (AA-52618) [ci-après «A-A-23 (1987)»].

17. Nous employons l'expression, tout en sachant que la règle du *stare decisis* ne s'applique pas en matière de décisions de tribunaux administratifs.

Il s'ensuit donc, comme le soulignait la Commission dans l'arrêt plus haut cité, que cette relation doit d'abord être directe et ne pas être rompue, par la suite, dans son lien de causalité par un événement totalement extérieur à l'accident.

À première vue, cette règle paraît fort simple, mais toute la difficulté surgit lorsque, comme en l'instance, il s'agit de déterminer l'existence ou non du caractère «direct» de ce lien de causalité.»¹⁸

Pour déterminer l'existence ou non du caractère «direct» du lien de causalité, la Commission puise à différentes sources. Elle réfère en premier lieu à la décision *Accidents du travail* - 3, dont nous avons fait état précédemment.¹⁹ Or, on doit souligner que dans cette décision *Accidents du travail* - 3, la Commission n'emploie nulle part des expressions telles que «dommage direct», «lien direct», «lien indirect» ou autre du même ordre. Elle discute de l'existence ou non du lien de causalité et se contente de conclure que l'arrêt de travail survenu à la suite du bris d'équipement lors d'un traitement de physiothérapie ne s'est pas produit par le fait ou à l'occasion du travail, et n'est pas relié à l'accident de travail antérieur.

La Commission s'est ensuite tournée vers la doctrine et la jurisprudence en droit commun de la responsabilité. Elle cite le professeur Baudouin, puis le juge Mayrand pour souligner l'empirisme de l'entreprise : «[il s'agit] de découvrir si, dans les circonstances de chaque espèce, le fait fautif a joué un rôle prépondérant sur la survenance du préjudice».²⁰ La Commission remplace «fait fautif» par «accident d'automobile» pour ensuite conclure qu'en l'espèce, l'accident d'automobile «[avait] joué un rôle suffisamment prépondérant dans la survenance du décès de [la victime]».²¹ Le décès étant survenu plus de deux ans après l'accident d'automobile, la Commission a dû justifier sa conclusion en regard de la décision rendue dans le «cas des aspirines». La Commission fait valoir que dans le cas de la strangulation, l'état de la victime n'avait pas atteint

18. A-A-23 (1987), *supra* note 16 à la p. 518.

19. *Accidents du travail* - 3, *supra* note 11.

20. Le juge Mayrand, dans *J.E. Construction Inc. c. General Motors du Canada Ltée*, [1985] C.A. 275 aux pp. 278-279, cité dans A-A-23 (1987), *supra* note 16 à la p. 518.

21. A-A-23 (1987), *ibid.* à la p. 519.

un plateau de stabilité et que sa situation n'avait pas cessé de se détériorer. Le décès est survenu alors que la victime était soumise à des traitements médicaux ininterrompus depuis l'accident et nécessités par les seules séquelles de cet accident. Dans le «cas des aspirines», les séquelles neurologiques s'étaient déjà stabilisées plusieurs mois avant l'accident.²² La Commission a alors introduit le facteur «consolidation» qui devait servir par la suite²³ : les séquelles, décès ou inconvénients qui surviennent avant que l'état de santé se soit stabilisé seront considérés reliés à l'accident, ceux qui surviennent après la «consolidation» ne le seront pas. Selon ce critère, on doit considérer que l'accident d'automobile qui a laissé des séquelles importantes qui rendent la victime très vulnérable à certains dangers auxquels elle aurait échappé en temps normal, que cet accident d'automobile donc, ne joue plus un rôle prépondérant si le risque se concrétise après que les lésions se soient consolidées. On a peine à saisir le fondement de la distinction. Bien sûr, elle permet à la Commission de conclure à l'existence du lien de causalité dans l'affaire de la camisole de force, sans renier sa décision dans l'affaire des aspirines. Elle s'inspire également des faits de deux arrêts de la Cour suprême du Canada²⁴ où le lien entre un accident qui a mené la victime à l'hôpital et les blessures qu'il y a subi en cours de traitement a été reconnu. Il demeure que les commissaires qui ont introduit le critère de la «consolidation» ne pouvaient se fonder sur un texte de loi.

La décision de la Commission des affaires sociales dans l'affaire de la camisole de force a été attaquée en évocation à la Cour supérieure par la Régie de l'assurance automobile.²⁵ Les procureurs de la Régie ont fait valoir que la

22. *Ibid.*

23. Voir *Assurance-automobile* - 10, [1990] C.A.S. 207 (AA-55034) [ci-après «A-A-10 (1990)»] : chute suite à des étourdissements, accident d'automobile survenu 9 ans auparavant ayant laissé des séquelles neurologiques - lésions consolidées, pas de relation; *Assurance- automobile* - 30, [1994] C.A.S. 621 [ci-après «A-A-30 (1994)»] : chute en béquilles trois mois après l'accident, pas consolidé, relation; *Assurance-automobile* - 35, [1994] C.A.S. 635 [ci-après «A-A-35 (1994)»] : Épicondylite au bras gauche en forçant de la main pour ouvrir la porte de l'immeuble - victime paralysée du côté droit à la suite d'un accident survenu 13 ans auparavant - membre supérieur gauche très sollicité - lésions consolidées, pas de relation.

24. *Chartier c. Laramée*, [1969] R.C.S. 771 et *Marks c. Commercial Travelers Mutual Accident Association*, [1956] 4 D.L.R. 113.

25. *Régie de l'assurance automobile du Québec c. Commission des affaires sociales*, [1988] R.J.Q. 1020 (C.S.).

Commission avait erré en droit en refusant de considérer que l'hôpital était responsable du décès en raison d'une obligation de résultat qui lui incomberait du fait de l'emploi d'un gilet de contention. Cette responsabilité et la négligence dont aurait fait preuve l'hôpital en ne surveillant pas adéquatement le patient se trouveraient à rompre le lien de causalité entre le décès et l'accident d'automobile. La Régie ne mettait pas en cause les principes énoncés par la Commission quant au lien de causalité, mais en contestait l'application dans ce cas particulier. Le juge Gonthier a rejeté la requête en évocation pour le motif que les requérants n'avaient pas démontré que la Commission avait commis une erreur déraisonnable justifiant l'intervention du tribunal. En *obiter*, il ajoute ce qui suit concernant l'article 36 de la *Loi sur l'assurance automobile* :

«Il est à noter qu'il suffisait, pour faire droit à la réclamation, que le lien de causalité entre l'accident et le décès n'ait pas été rompu par la faute ou négligence d'un tiers, non pas que le décès ait résulté du seul accident. L'article 36 de la *Loi sur l'assurance automobile*, contrairement à la disposition du contrat d'assurance en litige devant la Cour suprême dans *Marks c. Commercial Travelers Mutual Accident Association*, n'exige pas que le décès soit causé uniquement et exclusivement par l'accident.»²⁶

En discutant de la nature du lien de causalité dans ce contexte, le juge Gonthier mesure ses propos. Il accepte qu'il y ait rupture du lien lorsque le dommage subséquent est attribuable à la faute d'un tiers, mais il ne reprend pas à son compte la «théorie du lien direct» élaborée par la Commission. Il déclare tout au plus que la Régie ne lui a pas démontré qu'une erreur déraisonnable a été commise en l'espèce : «La requérante n'a fait voir aucune erreur de la part de la Commission en ce qui touche les principes eux-mêmes et ses moyens visent essentiellement l'application qui en a été faite comme nous l'avons vu.»²⁷ Bien entendu, la Régie n'avait pas intérêt à contester la théorie du «lien direct». Néanmoins, la Commission des affaires sociales interprétera ce refus d'intervenir comme une caution de sa théorie du «lien direct», assortie du critère de la «consolidation». Elle l'appliquera par la suite en la présentant

26. *Ibid.* aux pp. 1026-1027.

27. *Ibid.*

comme allant de soi. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile - 10*,²⁸ une victime cherchait à relier une chute survenue en 1988 à un accident d'automobile de 1979 qui lui avait laissé de graves séquelles orthopédiques et neurologiques. Pour la Commission, il n'y avait pas de doute que les étourdissements à l'origine de la chute résultaient des séquelles de l'accident de 1979. Néanmoins, la Commission refusa de reconnaître la relation en invoquant l'absence de lien direct et le fait de la consolidation. S'appuyant sur sa décision dans l'affaire de la camisole de force «attaquée sans succès en évocation», la Commission conclut :

«Les lésions causées par son accident d'automobile étaient consolidées. La fracture de sa cheville gauche résulte de sa chute sur la chaussée et, même si cette chute a probablement été le résultat d'un étourdissement et d'une dérobade de ses jambes, eux-mêmes séquelles de son accident d'automobile, il demeure qu'il s'agit là d'un événement nouveau, d'un nouvel accident et que le dommage qui en a résulté ne peut être rattaché que de façon indirecte à l'accident d'automobile. *Et, dans l'état actuel de la législation en matière d'accident d'automobile, un tel dommage ne peut être indemnisé sous l'empire du régime statutaire* [nos italiques].»²⁹

Dans une autre affaire du même genre, la Commission a confirmé un refus de rembourser le coût d'achat de médicaments réclamés en 1993 par une personne paralysée du côté droit à la suite d'un accident d'automobile survenu en 1979. Ces médicaments avaient été prescrits pour soulager des malaises causés par une épicondylite au bras gauche survenue alors qu'elle faisait un effort inhabituel pour ouvrir une porte dont le ressort avait été renforcé. À regret, la Commission a conclu en ces termes :

«Bien que fort consciente de la situation difficile vécue par l'appelante en décembre 1992 et sympathique aux explications fournies par cette dernière, qui voit un lien entre les problèmes alors rencontrés et l'accident, la Commission doit toutefois reconnaître qu'il s'agit d'un dommage indirect par rapport audit accident. Or, en accord avec les décisions des tribunaux supérieurs, la Commission s'est toujours

28. A-A-10 (1990), *supra* note 23.

29. *Ibid.* à la p. 211.

refusée à reconnaître qu'un dommage de ce type, à savoir un dommage indirect, puisse donner ouverture à une indemnisation.»³⁰

Par de curieux détours, cette théorie du «lien direct» élaborée pour suppléer au silence du législateur et empruntée en partie à la jurisprudence et à la doctrine de droit commun de la responsabilité devient donc une doctrine dictée «par l'état actuel de la législation» et entérinée «par les décisions des tribunaux supérieurs».³¹

À l'occasion, la Commission des affaires sociales invoque le caractère indemnitaire de la *Loi sur l'assurance automobile* à l'appui d'une interprétation libérale de ses dispositions en matière d'attribution des prestations. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile - 27*,³² la Commission était saisie d'une demande de prolongation de la période d'indemnité de remplacement du revenu où elle devait déterminer si l'accident avait pu aggraver un condition personnelle préexistante d'arthrose, condition totalement asymptomatique avant l'accident. La Commission a conclu en faveur de l'appelant en appliquant la théorie dite du «crâne fragile». Pour justifier cette approche, la Commission s'est référée à la doctrine et à la jurisprudence de droit commun,³³ et à une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles qui mettait l'emphasis sur le caractère indemnitaire de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*.³⁴ La Commission établit un parallèle entre cette loi et la *Loi sur l'assurance automobile* et en tire des conclusions quant à l'interprétation de cette dernière :

30. A-A-35 (1994), *supra* note 23 à la p. 636.

31. En parallèle, la Commission «met à jour» ses références à la doctrine en matière de responsabilité de droit commun en citant J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile délictuelle*, Cowansville, Yvon Blais, 1985 : où on précise que le dommage «doit avoir été la conséquence logique, directe et immédiate de la faute». Dans cette affaire *Assurance-automobile - 25*, [1989] C.A.S. 787 à la p. 788 [ci-après «A-A-25 (1989)»] : on substitue «accident» à «faute» et la Commission conclut «[qu'elle] ne croit pas que cette qualité de lien causal entre l'accident et certains des dommages réclamés ici existe.»

32. *Assurance-automobile - 27*, [1989] C.A.S. 797 (AA-54496) [ci-après «A-A-27 (1989)»].

33. *Ibid.* aux pp 806-807.

34. *Ibid.* à la p. 808.

«La *Loi sur l'assurance automobile* est également une loi d'indemnisation, dont l'article 4 exclut aussi, de plein droit, tout recours devant un cour de justice par une victime d'un dommage corporel causé par une automobile dans le but d'obtenir réparation. Les dispositions de cet article limitent cette réparation aux seules indemnités prévues par cette loi.

Or, le premier alinéa de l'article 19 qu'il s'agit ici d'appliquer se lit comme suit :

19. La victime qui, lors de l'accident, exerçait habituellement un emploi à temps plein a droit à l'indemnité de remplacement du revenu si, *à la suite de l'accident, elle devient incapable d'exercer cet emploi.* [En italiques dans le texte de la décision.]

Compte tenu de ces dispositions dont celles particulières de l'article 19 qui, de surcroît, doivent s'interpréter libéralement, la règle de la «*Thin Skull Rule*» doit donc également recevoir application en la matière.»³⁵

Cet appel en faveur d'une interprétation large et libérale des dispositions en matière d'attribution des prestations semble cependant un phénomène isolé. Même lorsque la Commission réfère à ce principe d'interprétation, elle en limite la portée en invoquant la théorie du «lien direct», comme en fait foi cet extrait d'une décision récente où il était question de transfusions sanguines qui auraient causé l'hépatite C :

«Par ailleurs, il est vrai que la *Loi sur l'assurance automobile* du Québec est une loi remédiatrice et qu'elle doit être interprétée d'une manière large et libérale. Cependant, cette règle n'oblige pas l'organisme payeur, en l'occurrence l'intimée, à indemniser tous les dommages indirects découlant d'un accident d'automobile. La règle devient alors vite absurde puisqu'une multitude de dommages peuvent par ricochet découler d'un accident. Ils n'ont pas été manifestement

35. *Ibid.*

envisagés par la législateur. Seuls les dommages directs subis par un accidenté sont indemnisables par l'intimée.»³⁶

En fait, les principes énoncés en 1992 par le juge Baudouin dans l'affaire *Productions Pram inc. c. Lemay*³⁷ ne semblent pas avoir retenu l'attention de la Commission des affaires sociales pour ce qui est du lien de causalité entre le préjudice corporel et un accident d'automobile. La Commission y réfère toutefois dans un important dossier en matière d'indemnisation de personnes victimes d'immunisation. Dans l'affaire *Services de santé et services sociaux - 13*,³⁸ les parents d'une enfant décédée demandaient d'être indemnisés en vertu de la section III.1 de la *Loi sur la protection de la santé publique*.³⁹ Il alléguait que le décès avait été causé par l'inoculation du vaccin DCT. Dans cette décision très élaborée, la Commission s'est d'abord penchée sur les principes applicables en matière de lien de causalité dans le cadre de cette loi d'indemnisation sans égard à la faute. En premier lieu, la Commission note que la loi n'établit pas de présomption particulière en la matière. Elle passe ensuite en revue les règles applicables au lien de causalité avec faute en citant notamment les affaires *Laferrrière c. Lawson*⁴⁰ et *Snell c. Farrel*⁴¹ en Cour suprême du Canada.⁴² La Commission souligne toutefois qu'elle doit analyser le lien de causalité dans le contexte particulier d'une loi à caractère social et indemnitaire, qui requiert une interprétation large et libérale.⁴³

En ce qui concerne le lien de causalité, la Commission cite les «trois règles fondamentales» énoncées par le juge Baudouin dans l'affaire *Pram* pour conclure ainsi :

36. *Assurance-automobile - 100*, [1997] C.A.S. 643 à la p. 646 (AA-63055, AA-63982, AA-63502, AA-63503 et AA-64041). Cette décision s'appuie également sur une série de décisions récentes, non rapportées, où on insiste sur le caractère direct des dommages pour qu'ils soient indemnisables.

37. *Productions Pram inc.*, *supra* note 1.

38. [1994] C.A.S. 737, (SS-50695) [ci-après «SSSS-13»].

39. L.R.Q., c. P-35.

40. [1991] 1 R.C.S. 541 [ci-après «*Laferrrière*»].

41. [1990] 2 R.C.S. 311 [ci-après «*Snell*»].

42. Voir *infra* notes 164-166 et texte correspondant où les principes énoncés par la Cour suprême dans ces arrêts sont présentés et discutés.

43. SSSS-13, *supra* note 38 à la p. 750.

«Le lien de causalité, en ce qui concerne la section III.1 de la *Loi sur la protection de la santé publique*, sera établi par une relation logique et plausible entre le vaccin et les dommages neurologiques constatés.

Toute la preuve sera analysée : les faits mis en preuve par les témoins ordinaires [parents, etc.], les témoins experts et les rapports sur lesquels ils s'appuient ou commentent, et enfin les dossiers médicaux et hospitaliers.

Les règles applicables en matière de responsabilité avec faute ne sont pas pour autant mises de côté. En effet, la prépondérance des probabilités, les présomptions de faits, la différence entre le subséquent et le conséquent, l'occasion par rapport à la cause et le fardeau de preuve continuent à s'appliquer, mais en tenant compte d'un lien de causalité qui n'a pas à rencontrer les critères plus stricts de la causalité adéquate.

Cette façon de procéder et d'apprécier la preuve s'explique par le caractère indemnitaire de cette loi sociale qu'est la *Loi sur la protection de la santé publique*. Ce qu'on veut, c'est indemniser les personnes victimes des conséquences d'un vaccin parce que le simple fait de vacciner la population ou une partie de la population a eu un effet bénéfique par rapport à une absence complète de vaccination.»⁴⁴

Les conclusions de la Commission en ce qui concerne le lien de causalité dans le contexte de la section III.1 de *Loi sur la protection de la santé publique* paraissent tout à fait valables en ce qui concerne le lien entre le préjudice corporel et l'accident d'automobile dans le cadre de la *Loi sur l'assurance automobile*. D'autant plus que la décision de la Cour d'appel citée à l'appui de ces conclusions quant à l'interprétation de la *Loi sur la protection de la santé publique* a été rendue dans le contexte de la *Loi sur l'assurance automobile*.

44. *Ibid.* à la p. 751.

B. Deux paramètres spécifiques : la rupture du lien de causalité et l'incidence d'une condition personnelle préexistante

Au-delà de ces considérations générales, la Commission des affaires sociales a été plus particulièrement appelée à se prononcer quant à l'existence d'un lien de causalité dans certains types de situations. On note en premier lieu les cas où on s'interroge quant à une possible rupture du lien de causalité. Il y a également les situations où on a constaté chez la victime une «condition personnelle préexistante», selon l'expression consacrée. Nous aborderons successivement ces deux types de situation.

Nous avons eu l'occasion de souligner que la Commission des affaires sociales considère qu'il y a une première forme de rupture du lien de causalité lorsque le dommage survient après que les lésions directement attribuables à l'accident ont été consolidées et ce, même si on admet que les séquelles de l'accident ont joué un rôle prépondérant dans la survenance de ce dommage.⁴⁵ Par ailleurs, en décrivant la genèse du critère de la consolidation, nous avons souligné que son fondement législatif était pour le moins précaire, et que l'importance attribuée au caractère direct ou non de la relation entre le dommage et l'accident découle d'un emprunt pour le moins discutable à la doctrine du droit commun de la responsabilité avec faute.

Pour ce qui est du rôle joué par un événement «totalement extérieur» à l'accident, la Commission des affaires sociales a conclu à une rupture du lien de causalité en présence de la faute d'un tiers, en raison d'une faute de la victime ou en raison de circonstances fortuites qu'elle considère sans lien avec l'accident. L'exemple d'une faute d'un tiers nous est fourni par «le cas des aspirines»,⁴⁶ où on a considéré que le décès d'un enfant affligé d'un retard mental suite à un accident d'automobile était attribuable à un manque de surveillance momentanée des parents et à la présence d'une bouteille d'aspirines laissée à sa portée.

45. Voir A-A-10 (1990), *supra* note 23 et les autres décisions mentionnées à la note 23.

46. A-A-12 (1984), *supra* note 13.

Pour ce qui est d'une rupture du lien de causalité attribuable à la faute de la victime, on relève une première décision⁴⁷ où un réclamant devenu quadriplégique à la suite d'un accident d'automobile s'est vu refuser le paiement de frais occasionnés par la réparation de ses dents. La victime alléguait que durant son hospitalisation, le personnel ne lui brossait pas les dents. En fait, la preuve a révélé que le manque d'hygiène était antérieur à l'accident et que les séquelles de l'accident n'avait jamais empêché que des soins dentaires soient prodigués. Dans cette affaire, on a également évoqué l'absence de lien «direct» pour nier la relation. Dans une autre décision,⁴⁸ une victime cherchait à établir un lien entre l'accident d'automobile et des blessures au dos reliées à l'utilisation de son fauteuil roulant. Les blessures ont été causées en raison de l'usure excessive du dossier du fauteuil roulant, usure que la victime a avoué avoir constatée elle-même. La Commission a estimé qu'il revenait à la victime de prendre les mesures d'entretien qui s'imposent et de voir à ce que la Société intimée assume les frais de réparation. Dans le contexte, la Commission a jugé que les blessures au dos n'étaient pas reliées à l'accident. En regard de ce qui précède, il y a lieu de souligner que l'article 83. 29 de la *Loi sur l'assurance automobile* prévoit que la Société de l'assurance automobile peut refuser une indemnité, en réduire le montant, en suspendre ou en cesser le paiement lorsque la victime pose des gestes qui entravent les soins médicaux recommandés, ou s'adonne à une pratique qui empêche ou retarde sa guérison.

La rupture du lien de causalité découlant de la faute d'un tiers ou de la faute de la victime nous amène à nous interroger quant à la portée de l'article 5 de la loi. On y lit : «Les indemnités accordées par la Société de l'assurance automobile du Québec en vertu du présent titre le sont sans égard à la responsabilité de quiconque». Ce principe clé de la loi serait-il limité aux événements qui surviennent à l'instant même où l'accident d'automobile s'est produit? Le texte de l'article 5 ne comporte pas une telle restriction et la jurisprudence le Commission des affaires sociales est à l'effet d'indemniser la victime pour des blessures qui surviennent en cours de période de «consolidation», fussent-elles attribuables au comportement de la victime comme nous l'avons vu dans l'affaire de la «camisole de force». Hormis les cas

47. A-A-25 (1989), *supra* note 31.

48. Commission des affaires sociales, AA-16123, le 13 septembre 1994, Dr Isabelle Towner et Me Camille Brassard.

qui relèvent de l'article 83.29, il y aurait lieu d'éviter le recours au concept de faute pour justifier un refus d'indemniser. Ainsi, dans le cas des problèmes d'hygiène dentaire mentionné plus haut, il aurait suffi d'invoquer que ces dommages n'étaient d'aucune façon reliés à l'accident d'automobile. On ne peut cependant pas tenir le même discours pour ce qui est du cas des «aspirines», où le lien entre le décès et les séquelles découlant de l'accident était manifeste. La Commission a refusé d'indemniser la victime en invoquant la responsabilité des parents, ce qui est contraire à l'un des principes fondamentaux de la *Loi sur l'assurance automobile*.

Quant aux blessures attribuables à des événements ou des circonstances fortuites, on en compte divers exemples. Ainsi, le père d'une personne décédée dans un accident d'automobile avait subi un accident cérébro-vasculaire lors d'une cérémonie soulignant le premier anniversaire du décès de sa fille. Le réclamant associait son accident cérébro-vasculaire à l'émotion intense éprouvée lors de la cérémonie commémorative, et donc à l'accident qui a causé le décès de sa fille. La Commission a refusé la réclamation car elle ne voyait pas de lien direct entre l'accident d'automobile et le dommage subi.⁴⁹

Dans une autre affaire,⁵⁰ la Commission était appelée à déterminer si des douleurs lombaires apparues 20 jours après l'accident pouvaient être reliées à celui-ci. On avait d'abord constaté une entorse cervicale et une légère commotion cérébrale. La victime demandait une prolongation de la période d'incapacité et le remboursement de frais de physiothérapie. Parmi les considérations qui ont amené le rejet de l'appel, la Commission a invoqué l'hypothèse que les traitements de physiothérapie prodigués à la suite de l'accident soient à l'origine des problèmes de dos.⁵¹ C'est à l'occasion d'un traitement que les douleurs s'étaient manifestées une première fois. En rejetant l'appel, la Commission n'a pas cherché à déterminer s'il y avait consolidation au moment de l'apparition des douleurs lombaires. En soulignant le rôle qu'a pu jouer les traitements de physiothérapie dans la rupture du lien de causalité, la Commission s'est écartée de sa position dans l'affaire de la «camisole de

49. *Assurance-automobile - 4*, [1995] C.A.S. 230 (AA-59066). La Commission note également que la victime présentait une condition personnelle.

50. *Assurance-automobile - 10*, [1991] C.A.S. 212 (AA-55485) [ci-après «A-A-10 (1991)»].

51. *Ibid.* à la p. 224.

force»,⁵² où le lien de causalité entre le décès et l'accident d'automobile, avait été reconnu malgré que le décès par strangulation soit survenu plusieurs mois après l'accident et qu'il ait résulté principalement du port d'un gilet de contention prescrit par un médecin.⁵³ Enfin, la Commission des affaires sociales considère également qu'il y a rupture du lien de causalité lorsque les problèmes psychologiques du réclamant sont reliées à un état de frustration et d'irritabilité en réaction à une décision défavorable de l'administration quant à son droit aux prestations ou quant à leur durée. On estime qu'il s'agit non pas d'un élément qui découle de l'accident, mais plutôt d'une situation qui résulte de l'application de la loi.⁵⁴

En marge de cette analyse des situations de rupture du lien de causalité, il y a lieu de mentionner qu'une décision de la Société de l'assurance automobile à l'effet qu'elle reconnaît le lien de causalité entre l'accident et les blessures dans le contexte de l'attribution d'un des types d'indemnité prévus au titre II de la Loi, lie également la Société lorsqu'il s'agit de déterminer le droit aux autres types d'indemnité pour préjudice corporel. Ainsi, en accordant une indemnité de remplacement du revenu, la Société se trouve à conclure que les blessures qui rendent le réclamant incapable de travailler sont attribuables à l'accident. La Société ne peut par la suite remettre en cause ses conclusions quant au lien de causalité lorsqu'il s'agit d'attribuer des indemnités forfaitaires pour les séquelles de ces blessures.⁵⁵ Il est vrai que la Société peut rendre une nouvelle décision s'il se produit un changement de situation qui

52. A-A-23 (1987), *supra* note 16. Dans une décision subséquente, A-A-30 (1994), *supra* note 23, la Commission réaffirmait sa position dans l'affaire de la camisole de force, en reconnaissant qu'une fracture du poignet survenue lors d'une chute en béquilles était reliée à l'accident d'automobile, puisque l'usage des béquilles découlait d'une fracture du péroné subie lors de l'accident d'automobile. La Commission souligne qu'au moment où la fracture du poignet est survenue, la blessure à la jambe n'était pas consolidée.

53. Mentionnons que l'article 31 de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles* (L.R.Q., c. A-3.001) précise qu'une blessure ou une maladie qui survient par le fait ou à l'occasion des soins qu'un travailleur reçoit pour une lésion professionnelle est également considérée comme une lésion professionnelle.

54. Voir *Assurance-automobile - 16*, [1995] C.A.S. 300 [ci-après «A-A-16 (1995)»] : laquelle réfère à la décision de la Commission dans le dossier AA-54816, Me Claude Bauvais et Dr François Brunet, le 23 avril 1990; voir également *Assurance-automobile - 91*, [1997] C.A.S. 591 (AA-16657 et AA-18449) [ci-après «A-A-91 (1997)»].

55. *Assurance-automobile - 9*, [1992] C.A.S. 210 (AA-14372).

affecte le droit à une indemnité,⁵⁶ et qu'elle peut reconsidérer une de ses décisions qui aurait été rendue avant que soit connu un fait essentiel, ou autre motif analogue.⁵⁷ Cependant, il faut se situer dans le cadre précis de ces dispositions, sous peine de voir la nouvelle décision annulée.⁵⁸ En ce sens, on ne saurait parler de changement de situation ou d'erreur quant à un fait essentiel lorsqu'on produit une nouvelle expertise qui exprime une opinion différente à propos de faits déjà connus.⁵⁹ Par contre, on acceptera de reconsidérer une décision si on découvre une lésion jusque-là passée inaperçue, à l'aide d'une technique peu ou pas disponible au moment où la décision initiale a été rendue.⁶⁰

Outre les cas de rupture du lien de causalité, la Commission a fréquemment eu à débattre de l'incidence d'une «condition personnelle préexistante» sur ce lien. Lorsque la preuve révèle qu'une victime souffrait déjà d'une maladie ou d'une incapacité avant l'accident, doit-on refuser sa réclamation? Par exemple, la Société de l'assurance automobile peut-elle mettre fin à l'indemnité de remplacement du revenu d'une victime lorsque certaines caractéristiques personnelles font que sa période d'incapacité se prolonge au-delà de la période considérée normale en regard des blessures subies lors de l'accident?

En principe, un état pathologique préexistant ne constitue pas une fin de non-recevoir à une réclamation.⁶¹ La Société de l'assurance automobile doit ainsi indemniser une victime déjà handicapée dans la mesure où il est établi par prépondérance de preuve que l'accident a aggravé sa situation. Dans l'affaire

56. *Loi sur l'assurance automobile*, supra note 7, art. 83.44

57. *Ibid.*, art. 83.44.1

58. *Assurance-automobile* - 29, [1994] C.A.S. 613 (AA-15963 et AA-16001).

59. *Assurance-automobile* - 2, [1992] C.A.S. 174 (AA-56628) [ci-après «A-A-2 (1992)»].

60. *Assurance-automobile* - 20, [1993] C.A.S. 211 (AA-57897).

61. Énoncé par le juge Bisson de la Cour d'appel (dans le contexte de la *Loi sur les accidents du travail et les maladies professionnelles*, supra note 53, dans *Chaput c. Montréal (S.T.C.U.M.)*, [1992] R.J.Q. 1774 (C.A.) à la p. 1786) ce principe est reconnu d'emblée par la Commission des affaires sociales, voir *Assurance-automobile* - 65, [1997] C.A.S. 190 à la p. 202 [ci-après «A-A-65 (1997)»]. Rappelons toutefois que l'article 44 de la *Loi sur l'assurance automobile*, supra note 7 précise qu'une victime n'a pas droit à une indemnité de remplacement du revenu si, au moment de l'accident, elle était incapable d'exercer quelque emploi.

Assurance-automobile - 24,⁶² la Commission des affaires sociale commente et confirme une décision antérieure dans ce même dossier, où elle reconnaît qu'un stress post-traumatique sévère a aggravé une condition de fibromyalgie clairement diagnostiquée avant l'accident.⁶³ Dans une autre affaire,⁶⁴ la Commission a reconnu qu'un accident d'automobile causant une déchirure ligamentaire au genou droit était également à l'origine de problèmes à la cheville droite. Ces problèmes étaient reliés à une déformation congénitale, mais une intervention chirurgicale pratiquée alors que la victime était enfant en avait neutralisé les effets. L'intervention au genou droit à la suite de l'accident d'automobile a eu pour effet de modifier le mécanisme de la marche et a entraîné l'apparition de douleurs à la cheville. On a dû pratiquer une seconde opération au genou et ses conséquences quant aux indemnités ont été reliées à l'accident d'automobile. Encore faut-il qu'il s'agisse d'une aggravation. Une victime d'accident d'automobile qui souffrait antérieurement de douleurs lombaires consécutives à un accident du travail ne saurait être indemnisée du fait que ses douleurs persistent après l'accident d'automobile.⁶⁵

De même, on ne peut pas opposer à la victime des facteurs personnels qui la rendent plus vulnérable aux conséquences d'un traumatisme. La Société de l'assurance automobile doit prendre la victime comme elle est. Ce principe, issu du droit commun de la responsabilité, est connu sous le nom de *Thin skull rule* ou «théorie du crâne fragile». Dans la quatrième édition de son ouvrage *La responsabilité civile*, Jean-Louis Baudouin rappelle que ce principe «veut simplement dire que l'auteur du dommage assume les risques inhérents à la qualité et à la personnalité de sa victime».⁶⁶

62. [1995] C.A.S. 734 (particulièrement dans les dossiers AA-14337 et AA-14338) [ci-après «A-A-24 (1995)»].

63. *Ibid.* à la p. 750; voir également *Assurance-automobile* - 95, [1997] C.A.S. 618, (AA-63280) : où un traumatisme à la mâchoire a aggravé un problème de malocclusion, lequel était toutefois totalement asymptomatique avant l'accident.

64. *Assurance-automobile* - 16, [1990] C.A.S. 230.

65. Commission des affaires sociales, AA-60299, le 18 octobre 1995, Dr Gratton-Amyot et Me Fournier.

66. J.-L. Baudouin, *La responsabilité civile*, 4^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1994 à la p. 157 au n° 233.

Dans l'affaire *Assurance-automobile* - 27,⁶⁷ la victime avait subi une fracture qualifiée de minime à une vertèbre et d'autres fractures aux deux chevilles. La fracture de la vertèbre était consolidée trois mois après l'accident, mais des maux de dos persistants rendaient la victime incapable de reprendre ses activités. Les examens radiologiques ont révélé qu'avant l'accident, la victime était atteint d'une dégénérescence discale importante qui affectait différents niveaux de la colonne. Il a cependant été clairement établi que cette importante condition personnelle d'arthrose était totalement asymptomatique avant l'accident. Cette victime dans la cinquantaine n'avait jamais manqué une seule journée de travail en raison de malaises au dos bien qu'elle ait travaillé dur manuellement toute sa vie.

La Commission des affaires sociales a reconnu la relation entre l'accident et les problèmes de dos en soulignant que «le traumatisme qu'il a alors subi au dos a aussi et surtout rendu symptomatique une condition arthrosique importante qui, jusque-là, n'était que radiologiquement constatable».⁶⁸

À l'appui de ses conclusions, la Commission a invoqué la *Thin skull rule* en référant à la jurisprudence de droit commun et à une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles.⁶⁹ La Commission souligne «[qu'elle] l'a d'ailleurs implicitement intégrée à sa jurisprudence à maintes reprises, même si elle ne s'y référait pas toujours précisément».⁷⁰ Ainsi, on peut considérer que la Commission des affaires sociales applique implicitement la *Thin skull rule* lorsqu'elle établit un lien de causalité entre un accident et les conséquences de blessures en apparence bénignes, conséquences

67. A-A-27 (1989), *supra* note 32.

68. *Ibid.* aux pp. 805-806.

69. *Héту c. Brasserie Molson*, [1988] C.A.L.P. 266.

70. A-A-27 (1989), *supra* note 32 à la p. 807. À quelques reprises par la suite, la Commission a été appelée spécifiquement à débattre de l'application de la *Thin skull rule*. Parmi les décisions rapportées, mentionnons *Assurance-automobile* - 39, [1990] C.A.S. 790 (AA-13568) [ci-après «A-A-39 (1990)»]; *Assurance-automobile* - 20, [1996] C.A.S. 291 (AA-59046); *Assurance-automobile* - 39, [1996] C.A.S. 715 (AA-59742) [ci-après «A-A-39 (1996)»]; A-A-65 (1997), *supra* note 61.

qui s'avèrent plus graves que celles prévisibles en temps normal, du fait d'une condition préexistante jusque-là demeurée asymptomatique.⁷¹

Cependant, pour que la *Thin skull rule* s'applique, la Commission des affaires sociales précise dans une décision récente⁷² qu'il faut au préalable établir par prépondérance de preuve que l'accident a causé l'atteinte dont les effets sont amplifiés par la fragilité particulière du sujet :

«Quant à la règle du "crâne fragile", ou "thin skull rule", la Commission a toujours implicitement ou expressément reconnu cette règle dans ses décisions pour ce qui est de l'indemnisation du dommage résultant d'un accident d'automobile mais, pour statuer sur le droit à l'indemnisation du dommage corporel, la Commission doit évaluer préalablement si la victime a démontré un lien de causalité entre l'incapacité résultant des blessures subies et l'accident, condition préalable à l'indemnisation.»⁷³

Et la Commission d'ajouter plus loin :

«Selon la doctrine et la jurisprudence, cette règle de la "thin skull rule" ne permet pas d'inférer un automatisme quant à l'existence d'un lien de causalité avec l'accident. Il ne suffit pas d'invoquer une condition personnelle préexistante asymptomatique pour qu'un lien de causalité avec l'accident soit établi. Chaque cas doit être jugé selon les circonstances qui lui sont propres [...]»⁷⁴

La Commission des affaires sociales puise donc à nouveau dans les concepts du droit commun de la responsabilité pour traiter cette fois-ci de l'incidence des conditions personnelles préexistantes sur le droit aux indemnités ou sur le quantum. Une victime particulièrement éprouvée du fait de ses caractéristiques personnelles a droit à des indemnités qui refléteront l'importance du préjudice effectivement subi, en autant qu'elle a au préalable

71. Voir notamment : *Assurance-automobile* - 24, [1992] C.A.S. 604, (AA-56950) [ci-après «A-A-24 (1992)»].

72. A-A-39 (1996), *supra* note 70.

73. *Ibid.* à la p. 722.

74. *Ibid.*

établi par prépondérance de preuve le lien de causalité entre l'accident et ses blessures.

II. L'influence des normes scientifiques dans l'appréciation du lien de causalité

En analysant le lien de causalité entre l'accident et le dommage, la Commission des affaires sociales a adopté une approche rigoureuse qui lui a attiré occasionnellement des critiques à l'effet qu'elle appliquerait des normes scientifiques plutôt que des normes juridiques :

«Le requérant soumet que le tribunal ne s'est pas prononcé sur le lien de causalité juridique entre l'accident d'automobile et le dommage subi. De plus, pour établir ce lien de causalité, le tribunal doit appliquer les règles de droit civil en matière de preuve plutôt que de retenir la preuve médicale et scientifique du lien entre l'accident et le dommage. Il s'agit d'établir la causalité juridique et non la causalité médicale.»⁷⁵

Ces reproches se sont faits plus insistants depuis l'affaire *Martelli*,⁷⁶ une décision de la Cour supérieure où le juge Tellier a accueilli une requête en révision judiciaire d'une décision de la Commission des affaires sociales, car il est d'avis que cette décision comporte des erreurs manifestement déraisonnables quant à l'interprétation de la notion de dommages corporels au sens de la *Loi sur l'assurance automobile* et quant à l'application des règles de preuve en matière de lien de causalité. Nous nous pencherons sur l'affaire *Martelli* et ses suites⁷⁷ mais auparavant, il nous apparaît utile de présenter quelques éléments qui permettent d'illustrer ce que serait cette approche «scientifique» en matière de lien de causalité. Cette approche se caractérise d'une part par des exigences assez strictes quant à «l'objectivation» des lésions et d'autre part, par l'application d'une série de critères d'imputabilité médicale. En décrivant ces éléments, nous indiquerons dans quelle mesure la jurisprudence de la Commission des affaires sociales tend à s'y référer. Ces tensions entre normes

75. Tiré de A-A-39 (1996), *supra* note 70 à la p. 718.

76. *Martelli c. Société de l'assurance automobile du Québec*, *supra*, note 6.

77. Voir ci-dessous section B.

juridiques et normes scientifiques se sont révélées de façon plus marquée à l'occasion de décisions où des victimes souffrant de fibromyalgie cherchaient à établir que le traumatisme qu'elles ont subi lors d'un accident est à l'origine de ce syndrome douloureux chronique. Nous nous y arrêterons avant de procéder à l'analyse de la décision du juge Tellier dans l'affaire *Martelli*.

A. Objectivation des lésions et critères d'imputabilité médicale

Il incombe au réclamant d'établir son droit aux prestations par une preuve prépondérante de l'existence d'un lien de causalité. En confirmant la décision portée devant elle ou en rendant la décision qui, selon elle, devait être rendue en premier lieu, la Commission des affaires sociales acceptait tout moyen de preuve qu'elle jugeait approprié et elle ne se considérait pas liée par quelque expertise que ce soit.⁷⁸ Cependant, la jurisprudence de la Commission exige généralement que le lien de causalité soit établi à partir de constats objectifs, obtenus au moyens de méthodes éprouvées. Ces constats objectifs proviennent des examens médicaux et des expertises médicales menés selon les règles de l'art. Dans l'optique de la Commission des affaires sociales, le témoignage de la victime ne suffit pas à lui seul pour établir son droit. Les décisions de la Commission comportent fréquemment un rappel de ces exigences. Ainsi, dans une décision rendue en 1988 :

«La Commission ne met pas en doute la parole de l'appelant lorsque celui-ci allègue que la position assise lui est inconfortable pour travailler. Néanmoins, elle lui rappelle que, pour décider en faveur de son allégation, il ne lui suffit pas de son témoignage, si crédible soit-il; encore faut-il, comme la Commission a l'habitude de l'exiger, établir à l'aide d'une preuve médicale objective prépondérante non seulement que les problèmes allégués l'empêchent d'occuper tout emploi, même en position assise, mais qu'en plus, ils ont été causés par le fait accidentel dont il est fait appel.»⁷⁹

78. *Loi sur la Commission des affaires sociales*, L.R.Q., c. C-34 et *Loi sur l'assurance automobile*, art. 83.42. Ainsi, le réclamant ne s'est pas déchargé de son fardeau de preuve du fait qu'il a produit une expertise qui soit la seule portant sur l'objet propre du litige : *Assurance-automobile - 107*, [1997] C.A.S. 670 (AA-17954), plus particulièrement à la p. 674.

79. *Assurance-automobile - 36*, [1988] C.A.S. 864 (AA-52531) à la p. 869.

Encore récemment, la Commission réitérait ses exigences quant à l'objectivation de la douleur :

«Quant aux arguments du requérant concernant le fait que le tribunal a mis en doute l'existence même de la douleur, la Commission fait siens les arguments soumis à ce propos par l'intimée dans sa plaidoirie écrite.

En effet, dans son argumentation, l'intimée fait ressortir, à juste titre, que la simple expression d'une douleur par une victime d'accident d'automobile ne suffit pas à déclencher le paiement d'indemnités. Il faut que cette douleur soit objectivée médicalement. C'est du moins en ce sens que s'exprime la jurisprudence de la Commission :

Les simples allégations de douleur de la part d'une accidentée ne peuvent donner lieu à des paiements en remplacement du revenu. [...] Les facteurs qui peuvent entraîner une douleur chronique sont nombreux, autant psychologiques que physiques. [...] Même si la possibilité de l'existence d'un syndrome douloureux chronique existe, la jurisprudence de la Commission a toujours indiqué que les plaintes subjectives d'un individu doivent être objectivées par un examen clinique radiologique, électrodiagnostic ou nucléaire. (*sic*) [Assurance-automobile, AA-56392].

Le requérant fait une interprétation lorsqu'il affirme que la Commission met en doute l'existence de la douleur, alors que la Commission a plutôt affirmé dans sa décision que cette douleur n'était pas médicalement objectivée, ce qui peut semer un doute quant à la relation entre l'accident et la douleur.»⁸⁰

80. A-A-39 (1996), *supra* note 70 à la p. 721; au même effet : *Assurance-automobile* - 25, [1996] C.A.S. 308, (AA-61037); voir également *Duguay c. Commission des affaires sociales* (9 novembre 1992), Québec 200-05-000366-911, J.E. 92-1779 (C.A.) confirmant la décision de la Cour supérieure (J.E. 91-886).

Une autre expression de cette exigence quant à l'objectivation des lésions prend la forme d'un refus d'accorder le bénéfice du doute au réclamant :

«C'est à l'appelant qu'incombe le fardeau d'établir, selon la règle de prépondérance, le bien-fondé de son appel. Après étude de toute la preuve soumise, la Commission estime qu'il ne s'est pas déchargé de ce fardeau.

Le témoignage du docteur S... L..., neurologue et expert de l'appelant, vient délimiter le litige. Ce médecin a bien insisté lors de son témoignage que devant les deux hypothèses, l'une traumatique, l'autre virale, en l'absence de toute preuve permettant d'établir un diagnostic précis, il donne à l'appelant le bénéfice du doute.

Or, selon la loi, l'appelant doit présenter une preuve prépondérante.»⁸¹

La recherche d'éléments objectifs pour établir la preuve de la lésion a amené la Commission des affaires sociales à mettre en doute la valeur probante des diagnostics de dérangement intervertébral mineur [ci-après D.I.M.]. Dans l'affaire *Assurance-automobile - 17*,⁸² la Commission relevait deux difficultés posées par ce diagnostic. D'une part, comme ce diagnostic s'effectue par des manipulations qui sollicitent des points douloureux, la subjectivité de l'examiné et de l'examineur entre en jeu. D'autre part, le diagnostic de D.I.M. ne permettrait pas de localiser de façon précise une lésion particulière, ce qui rend difficile la preuve de la relation.⁸³

Par ailleurs, la Commission doit prendre garde de se laisser entraîner à appliquer des normes d'objectivation qui tendent vers l'absolu. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile - 24*,⁸⁴ le médecin à l'emploi de la Société de l'assurance automobile faisait valoir qu'en matière de lésion à la région cervicale, «la limitation *seule* des mouvements de la tête et du cou ne peut être obtenue (*sic*), dorénavant, comme un signe clinique objectif en l'absence

81. *Assurance-automobile - 39*, [1995] C.A.S. 815 (AA-60604).

82. *Assurance-automobile - 17*, [1992] C.A.S. 552 (AA-14676) [ci-après «A-A-17 (1992)»].

83. *Ibid.* aux pp 558-559.

84. Voir A-A-24 (1992), *supra* note 71.

d'autres paramètres cliniques objectifs d'organicité». ⁸⁵ D'autres experts avaient constaté une raideur cervicale chez la réclamante et notaient des spasmes musculaires sévères. La Commission s'est exprimé quant à ce qu'elle considérerait un degré d'objectivité acceptable en ces termes :

«La Commission ne partage pas l'opinion du Dr H... En effet, à la lumière des commentaires du Dr H... la Commission est en droit de se demander combien de signes cliniques objectifs faut-il observer avant d'atteindre le niveau d'objectivité requis? Et, dans le cas spécifique d'une entorse cervicale, quels sont précisément les autres paramètres cliniques objectifs d'organicité dont il aurait fallu tenir compte? La Commission doit veiller à ce que les critères d'objectivité d'une lésion soient exigeants, mais elle doit interpréter ses propres exigences à l'intérieur des limites du raisonnable, en tenant compte de la nature de la lésion et de ses manifestations cliniques habituelles.» ⁸⁶

Dans le même ordre d'idées, la Commission doit prendre en compte tous les éléments de preuve pertinents. Elle ne doit pas s'en tenir qu'aux constats des médecins et experts. Le témoignage des proches de la victime quant à son incapacité peut compléter une preuve médicale moins étayée. ⁸⁷

Enfin, la Commission doit demeurer maître des débats et ne pas laisser une des parties définir trop étroitement les questions qui doivent être examinées. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile - 9*, ⁸⁸ une victime avait subi un traumatisme crânien à la suite duquel elle a éprouvé une série de problèmes neuro-psychiatriques. Elle se plaignait notamment d'avoir de la difficulté à demeurer éveillée. Pour évaluer l'incapacité de la victime à exercer un emploi, la Société de l'assurance automobile et le Bureau de révision par la suite, avaient limité le litige à la seule relation entre le problème d'hypersomnie et l'accident. La Commission a plutôt entrepris d'analyser la situation en regard de l'ensemble du tableau clinique neuropsychiatrique, tel que décrit par les nombreuses expertises produites et par le témoignage de la victime elle-même.

85. *Ibid.* à la p. 611.

86. *Ibid.* aux pp. 611-612.

87. *Assurance-automobile - 15*, [1995] C.A.S. 294 (AA-16122)

88. [1995] C.A.S. 263 (AA-60153)

Les précisions que nous venons d'apporter quant aux exigences de la Commission pour ce qui est d'objectiver les lésions dans une première étape de l'analyse du lien de causalité font écho à la rigueur observée dans la recherche d'un lien «direct» décrite dans la section précédente. La Commission adopte une approche rigoureuse, influencée par l'apport des scientifiques que sont les médecins experts, pour ce qui est d'apprécier la valeur probante des constats factuels de nature médicale.

Dans le contexte de la relation entre l'accident et les blessures, l'approche scientifique se caractérise aussi par l'application d'une série de paramètres, appelés critères d'imputabilité médicale. Selon le *Guide de l'expert* publié par la Société de l'assurance automobile, ces critères d'imputabilité ont été élaborés dans les années vingt par des experts médicaux français.⁸⁹ Le Service de l'expertise-conseil médical de la Société de l'assurance automobile a adopté ces critères comme grille d'analyse pour établir le lien de causalité au plan médical et elle invite les experts qu'elle recrute à s'y référer.⁹⁰ On remarque à la lecture de certains rapports d'expertise produits à la demande de la Société et retranscrits dans des décisions de la Commission des affaires sociales que la question de la relation leur est posée directement. À titre d'exemple : «À la suite de l'accident d'automobile du 89-04-19, existe-t-il une relation probable entre cet accident et la lombalgie? Motivez votre réponse en vous référant aux critères d'imputabilité reconnus et en vous appuyant sur des faits et des données objectives.»⁹¹

Les critères d'imputabilité tels que décrits dans le *Guide de l'expertise* sont au nombre de huit : (1) Nature des blessures initiales, (2) Condition préexistante, (3) Histoire naturelle de la maladie ou de la blessure, (4) Réalité ou intensité du traumatisme, (5) Mécanisme de production de la blessure, (6)

89. Voir C. Rousseau, « Différence entre l'imputabilité médicale et causalité juridique : le lien de causalité » (1991) 17 *Revue française du dommage corporel* aux pp.115-118 citée dans le *Guide de l'expert* préparé par le Service de l'expertise conseil médical de Société de l'assurance automobile, édition à feuilles mobiles, 1994, au chapitre 7. Voir également R. Barrot et N. Nicourt, *Le lien de causalité*, Paris, Masson, 1986, à la p. 26.

90. Le Service de l'expertise-conseil médical de la SAAQ apprécie la qualité des expertises qui lui sont fournies en tenant compte notamment du fait que ces critères ont été passés en revue par l'expert.

91. A-A-17 (1992), *supra* note 82 à la p. 555.

Délai d'apparition, (7) Continuité évolutive, et (8) Concordance de siège impact / blessure / séquelle. Le critère (3), l'histoire naturelle de la maladie ou de la blessure, est le pivot de cette grille d'analyse; les autres critères s'y rapportent d'une manière ou d'une autre. Chacun des critères doit être passé en revue par l'expert, mais la conclusion quant à l'existence ou non d'un lien de causalité découle d'une appréciation de l'ensemble :

«[...] lors de l'analyse médico-légale pour un cas précis, il est nécessaire de les appliquer simultanément et de les confronter entre eux, de façon à obtenir une vision globale de la situation et déterminer selon la valeur probante de chaque critère la probabilité ou non du lien de causalité [souligné dans le texte].»⁹²

Cette grille d'analyse n'a pas d'assise juridique, mais une décision rapportée de la Commission des affaires sociales y réfère explicitement. Dans l'affaire *Assurance-automobile - 10*,⁹³ la vice-présidente de la Commission était appelée à trancher dans un dossier où l'opinion de l'assesseur médical et l'opinion du membre s'opposaient. À l'invitation de la vice-présidente, les parties ont produit des commentaires. Le procureur de la Société de l'assurance automobile a présenté des commentaires qui comportent une analyse du dossier en regard des critères d'imputabilité médicale.⁹⁴ La liste des critères auxquels réfèrent les commentaires du procureur correspond en substance à la liste des critères employés par le Service de l'expertise-conseil médical de la Société. La vice-présidente a retenu l'approche proposée par le procureur de la Société. Elle entérine le recours aux critères d'imputabilité médicale et justifie cette approche en citant un extrait d'une décision de la Commission :

«La relation doit être expliquée et on doit faire référence à certains critères classiques d'imputabilité tels la réalité et l'intensité du traumatisme, la concordance de siège entre le traumatisme et les symptômes allégués, le délai entre l'événement initial et l'apparition

92. *Guide de l'expert*, *supra* note 89 à la p. 7.2.

93. A-A-10 (1991), *supra* note 50.

94. *Ibid.* aux pp. 221-223.

de troubles, la continuité évolutive, la certitude du diagnostic actuel et, finalement, la vraisemblance du diagnostic étiologique.»⁹⁵

Il est plus fréquent de relever des décisions qui réfèrent à l'un ou l'autre des critères énumérés, sans que la Commission cherche à les appliquer comme faisant partie d'un ensemble. Nous présenterons chacun des huit critères d'imputabilité médicale dans l'ordre indiqué plus haut, en référant à certaines décisions de la Commission où celle-ci s'est trouvée à les appliquer explicitement ou implicitement. Nous pourrions ainsi illustrer l'application des critères et donner une certaine indication de l'attention que leur porte la Commission des affaires sociales.

Pour ce qui est du premier critère d'imputabilité, l'expert médical prendra connaissance des données contemporaines à l'accident qui décrivent la nature des blessures initiales. Il cherchera dans le dossier médical des indications quant à l'état de la victime dans la période qui a suivi immédiatement l'accident. Il se référera au diagnostic initial ou à défaut, aux symptômes rapportés. Il s'agira notamment de vérifier si les signes caractéristiques d'une maladie ou d'un trouble qui devraient s'être manifestés peu après l'accident ont été effectivement observés.

Ainsi, on mettra en doute la relation entre une lombalgie et l'accident si la victime ne s'est pas plaint de maux de dos dans les suites immédiates de celui-ci et que le diagnostic initial se limite à «un whiplash et une commotion cérébrale légère».⁹⁶ De même, on refusera de conclure à la survenance d'une commotion cérébrale lorsque le médecin à la salle d'urgence inscrit qu'il n'y a pas eu perte de conscience, qu'on n'a pas constaté d'amnésie et que la victime a pu fournir son consentement à l'opération et à l'anesthésie générale pratiquées dans les heures qui ont suivi l'accident.⁹⁷

95. *Assurance-automobile*, (AA-55452), le 17 septembre 1990, par Me Labrosse et le Dr Gauthier, reproduit à la p. 225 de la décision A-A-10 (1991), *ibid.*

96. A-A-10 (1991), *ibid.*

97. *Assurance-automobile - 10*, [1996] C.A.S. 229 (AA-57830, AA-59039, AA-61527) [ci-après «A-A-10 (1996)»].

Par ailleurs, la mention au dossier qu'on a procédé, le jour de l'accident, à des examens radiologiques de la colonne dorso-lombaire permettront de croire qu'on soupçonnait l'existence de traumatisme à ce niveau, cet élément venant étayer la relation qu'on cherche à établir entre l'accident et des douleurs vertébrales.⁹⁸ Parfois, le témoignage d'un parent de la victime quant à l'état de celle-ci peu après l'accident permettra de préciser différents symptômes qui établissent que les problèmes de santé ont débuté immédiatement après l'accident et qu'il y a eu détérioration par la suite.⁹⁹

On accorde beaucoup d'importance à la documentation contemporaine à l'accident pour corroborer des hypothèses formulées par la suite.¹⁰⁰ La Commission se montrera très critique à l'endroit d'experts médicaux qui fondent leurs conclusions sur des prémisses que les données consignées au moment de l'accident ne permettent pas de retenir.¹⁰¹ On réalise par ailleurs que l'application de ce critère met en cause la qualité et la suffisance des informations consignées au dossier médical par les médecins qui interviennent en premier lieu. Une omission ou des imprécisions peuvent porter sérieusement à conséquence. À ce titre, on peut craindre qu'un médecin surchargé de travail dans un contexte d'urgence se consacre en priorité à prodiguer des soins plutôt qu'à consigner des notes très détaillées au dossier. De même, il peut se produire que les données contemporaines à l'accident ne fassent pas état de symptômes passés sous silence en raison d'une douleur plus vive qui se trouverait à en masquer une autre.¹⁰² Quoiqu'il en soit, ce critère retient l'attention et influence l'application de plusieurs autres, qu'il s'agisse de l'histoire naturelle de la blessure, du délai d'apparition ou de l'intensité du traumatisme.

En second lieu, l'expert cherchera à déterminer l'état de santé de la victime avant l'accident afin d'identifier les conditions préexistantes qui pourraient avoir une incidence sur la relation. L'étude du dossier médical antérieur et l'histoire de cas ou anamnèse fourniront les renseignements utiles.

98. *Assurance-automobile* - 49, [1996] C.A.S. 754 (AA-61645) [ci-après «A-A-49 (1996)»].

99. *Assurance-automobile* - 3, [1992] C.A.S. 179 (AA-56735) [ci-après «A-A-3 (1992)»].

100. Par exemple, *Assurance-automobile* - 112, [1997] C.A.S. 707, (AA-62379 et AA-62380) [ci-après «A-A-112 (1997)»].

101. Voir notamment A-A-10 (1996), *supra* note 97 à la p. 249.

102. Voir A-A-10 (1991), *supra* note 50 à la p. 218 : où l'hypothèse est évoquée.

Nous avons eu l'occasion d'indiquer l'importance qu'accorde la jurisprudence de la Commission des affaires sociales à cet élément.¹⁰³ Dans certains cas, on constatera que l'accident a aggravé ou a rendu symptomatique une condition personnelle jusque-là asymptomatique et la relation sera reconnue.¹⁰⁴ Dans d'autres, on jugera que la victime aurait développé la maladie indépendamment de l'accident et qu'il n'y a donc pas lieu de reconnaître la relation.¹⁰⁵

L'histoire naturelle de la maladie est mentionnée en troisième lieu dans la liste des critères d'imputabilité, mais il s'agit du critère autour duquel gravitent tous les autres. L'expert doit déterminer si l'apparition de la blessure et son évolution par la suite sont conformes à «l'histoire naturelle» de ce type de maladie ou de blessure telle qu'établie en regard de l'état actuel des connaissances reconnues par la communauté scientifique et médicale. Le normal se présume; dans ce cas-ci le normal «scientifiquement établi» se présume. Les décisions de la Commission des affaires sociales réfèrent à ce qui est «médicalement reconnu».¹⁰⁶ La Commission s'en tient aux théories éprouvées pour écarter les autres : «La Commission ne peut suivre le docteur L... dans son raisonnement qui soutient une hypothèse traumatique dont l'évolution est pour le moins anormale et qui serait le premier cas dans la littérature».¹⁰⁷

Cette approche prudente, pour ne pas dire conformiste, se manifeste parfois à l'égard de certains types de diagnostics. Ainsi, les réserves qu'exprime la Commission à l'égard du diagnostic de dérangement intervertébral mineur, réserves dont nous avons fait état précédemment,¹⁰⁸ sont également liées au fait que le mécanisme réel physiopathologique du D.I.M. n'est pas connu, de l'aveu même des auteurs qui l'ont décrit et analysé.¹⁰⁹ On note également que la

103. Voir ci-dessus section I.B.

104. Par exemple dans l'affaire *Assurance-automobile - 42*, [1996] C.A.S. 733 (AA-61609) [ci-après «A-A-42 (1996)»].

105. Voir A-A-39 (1990), *supra* note 70.

106. Voir A-A-10 (1996), *supra* note 97 à la p. 248; au même effet : A-A-17 (1992), *supra* note 82 à la p. 553.

107. *Assurance-automobile - 40*, [1995] C.A.S. 818 (AA-59324) à la p. 818 [ci-après «A-A-40 (1995)»].

108. Voir A-A-17 (1992), *supra*, note 82.

109. *Ibid.* aux pp 558-559; voir également la décision A-A-112 (1997), *supra* note 100 : où la Commission ne retient pas un diagnostic de syndrome de Barré-Liéou qui serait causé par atteinte du système nerveux sympathique au pourtour des artères vertébrales.

Commission rejette parfois certains diagnostics posés sur la base de méthodes controversées. Ainsi, la Commission s'est montrée réticente à prendre en compte les résultats d'un examen par discographie.¹¹⁰

Dans l'affaire *Assurance-automobile - 18*,¹¹¹ la Commission écarte l'opinion de l'expert de l'appelante qui établissait une relation entre l'accident et des problèmes de vertiges éprouvés par celle-ci en les rattachant au syndrome de Kümmell-Verneuil :

«La valeur des tests pratiqués par le Dr J... est contredite par le Dr DD... et surtout la base scientifique moderne de la théorie du Dr J... a été complètement réfutée et de façon non-équivoque tel qu'il appert dans la décision *Assurance-automobile* (AA-54697 et AA-55787, le 15 novembre 1991, par Me Brisson et Dr Leblanc). La théorie selon laquelle les fibres proprioceptives afférentes venant de la colonne cervicale peuvent affecter l'équilibre n'est absolument pas vérifiée scientifiquement.»¹¹²

La Commission des affaires sociales veille à ce que ses décisions soient fondées sur des théories scientifiques éprouvées; son approche répond ainsi à une des principales exigences de l'application du critère de «l'histoire naturelle de la maladie ou de la blessure». Toutefois, lorsque plusieurs théories circulent sans qu'aucune puisse prétendre s'imposer, la Commission s'abstiendra de prendre parti et «toute spécialisée qu'elle soit, de se comporter comme une école de médecine».¹¹³

Par ailleurs, la Commission accepte parfois de conclure à l'existence d'un lien de causalité dans certains cas atypiques. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile - 24*,¹¹⁴ elle a accepté de reconnaître qu'une entorse cervicale avait pu laisser des séquelles dont la gravité excédait la norme généralement reconnue, compte tenu que le traumatisme accidentel avait été peu

-
- 110. A-A-40 (1995), *supra* note 107; voir cependant *Assurance-automobile - 38*, [1995] C.A.S. 810.
 - 111. *Assurance-automobile - 18*, [1992] C.A.S. 561 (AA- 56015).
 - 112. *Ibid.* à la p. 570.
 - 113. *Assurance-automobile - 96*, [1997] C.A.S. 622 (AA-63045) à la p. 627.
 - 114. Voir A-A-24 (1992), *supra* note 71.

sévère. Appliquant la théorie du «crâne fragile», la Commission commente la position des experts de la Société de l'assurance automobile en ces termes :

«[...], la Commission écarte les opinions exprimées par les Drs B... et E..., non pas tant en raison de l'invraisemblance de leur conclusion, mais principalement en raison de leur refus de prendre en considération certaines caractéristiques spécifiques à ce dossier, en l'occurrence la persistance au-delà d'une période «normale», de séquelles objectives d'atteinte cervicale. En effet, les médecins experts n'étaient pas appelés à émettre une opinion sur un dossier générique d'entorse cervicale, mais bien sur le dossier d'une appelante possédant des caractéristiques biologiques qui lui sont personnelles.»¹¹⁵

Dans l'affaire *Assurance-automobile - 3*,¹¹⁶ on a reconnu la relation entre l'accident et des troubles neuro-psychologiques dans un dossier où un comité d'experts de la Société avait conclu que l'évolution de l'état de la victime n'était absolument pas caractéristique de l'évolution des traumatisés crâniens, compte tenu de la disproportion existant entre les blessures initiales et les séquelles.¹¹⁷ La Commission a plutôt retenu le témoignage des experts de l'appelant qui soutenaient que le type de lésion et sa localisation importaient davantage que la sévérité initiale apparente du traumatisme. La Commission a noté que ces experts avaient l'avantage de faire partie de l'équipe traitante «ce qui, dans la jurisprudence de la Commission, a toujours été considéré comme un facteur important».¹¹⁸ Un des témoins experts de l'appelant a d'ailleurs souligné la rareté du cas en indiquant qu'un des neuropsychologues consultés l'avait présenté lors d'un congrès scientifique.¹¹⁹

Enfin, dans l'affaire *Assurance-automobile - 1*,¹²⁰ l'appelant avait subi une lacération qui a causé une hernie musculaire à la jambe gauche. Cette blessure lui causait des douleurs que les experts consultés, orthopédistes et neurologues, n'arrivaient pas à expliquer ou à traiter. Après un certain temps,

115. *Ibid.* à la p. 612.

116. Voir A-A-3 (1992), *supra* note 99.

117. *Ibid.* à la p. 186.

118. *Ibid.* à la p. 192.

119. *Ibid.* à la p. 190.

120. *Assurance-automobile - 1*, [1992] C.A.S. 167 (AA-55960).

la Société a mis fin à ses prestations de remplacement du revenu, alors que l'appelant se déclarait toujours incapable de reprendre son travail. Après quelques hésitations, un chirurgien plasticien a entrepris un procédé chirurgical pratiqué plus rarement et qui s'est avéré un succès. La Commission a été amené à conclure à l'existence des douleurs et à l'existence du lien avec l'accident :

«[...]la Commission estime que les experts de l'intimée, en décrétant que l'appelant était apte au travail en juillet 1988, se sont trompés dans l'évaluation de son cas.

En effet, sans reprendre de façon détaillée la preuve médicale exhaustive antérieurement citée, la Commission observe que les différents orthopédistes qui ont examiné l'appelant ont soit minimisé la douleur de l'appelant en fonction du volume réduit de la hernie, ou en raison de la symptomatologie «atypique» présentée par l'appelant, soit abdiqué devant toute autre forme de traitement que le traitement classique [fermeture de la paroi] en raison de la petitesse négligeable à leurs yeux de l'orifice herniaire et de l'absence de tissu local de reconstruction.

[...]

Étant donné que, à la suite de l'intervention chirurgicale du 27 juin 1990, l'appelant fut rapidement et complètement guéri de ses problèmes à la jambe gauche, la Commission n'a d'autre choix que de faire sienne l'opinion du Dr AA... qui voit une relation directe entre les problèmes dont l'appelant a souffert à ce niveau et les lésions causées par l'accident, et ce, durant toute la période qui a précédé l'intervention.»¹²¹

Le critère suivant, réalité et intensité du traumatisme, pose comme prémisses que la gravité des blessures est habituellement proportionnelle à la sévérité du choc subi. Ce critère relie un aspect de l'histoire naturelle de la blessure ou de la maladie, et la nature des blessures initiales, le premier critère que nous avons décrit. Les décisions que nous venons de mentionner dans le contexte de l'histoire naturelle de la maladie permettent d'illustrer l'importance

121. *Ibid.* aux pp 172-173.

accordée à la réalité et à l'intensité du traumatisme. En présence d'un choc en apparence bénin, la Commission sera réticente à reconnaître la relation entre le fait accidentel et des malaises qui tendent à se prolonger au-delà de la période «normale» d'incapacité.¹²² Il en est de même quant à la gravité des séquelles.

L'expert cherchera ensuite des éléments qui lui permettront de retrouver le mécanisme de production de la blessure. Il s'agit d'une autre application particulière de l'histoire naturelle de la blessure. Ainsi, une lésion squelettique reliée à l'exécution de mouvements répétitifs ne peut, à moins d'explications motivées, être attribuée à un accident isolé. Cependant, une sur-utilisation compensatoire des membres supérieurs peut découler de l'usage de béquilles.¹²³ Dans certains cas, les exigences sont plus poussées. Dans l'affaire *Assurance-automobile - 18* (1990),¹²⁴ il s'agissait d'établir la relation entre un accident et l'hydrocéphalie dont souffrait la victime. Voici un extrait du compte rendu du témoignage de l'expert neurologue :

«[...] le Dr A... décrit les mécanismes possibles comme étant une interférence avec la circulation cérébro-vasculaire de la région sous-ventriculaire, une hémorragie sous-arachnoïdienne non détectée par la tomodensitométrie ou encore une action directe de nature traumatique, mais il ajoute que, dans ce cas, on ne saurait identifier avec précision aucun de ces mécanismes.»¹²⁵

Le délai d'apparition est un critère qui est également relié à l'histoire naturelle de la maladie ou de la blessure. Selon le type de blessure ou de maladie, on s'attend à ce que les manifestations cliniques soient immédiates ou décalées. Lorsque les malaises ou les douleurs se manifestent de façon tardive, on met en doute leur relation avec le fait accidentel. On évoque parfois l'hypothèse d'un traumatisme survenu après l'accident, ce qui constitue une rupture du lien de causalité pour autant qu'on accepte la théorie du lien «direct».

122. Voir notamment A-A-16 (1995), *supra* note 54 à la p. 312.

123. Voir également *Assurance-automobile - 30*, [1990] C.A.S. 507 (AA-54391 et AA-55500) : où l'immobilisation prolongée d'un genou a engendré des problèmes à la cheville.

124. *Assurance-automobile - 18*, [1990] C.A.S. 465 (AA-54084).

125. *Ibid.* à la p. 468.

Les cas où le délai d'apparition pose problème sont assez fréquents.¹²⁶ Par contre, ce critère joue en faveur du réclamant lorsqu'on constate l'absence de délai dans l'apparition des manifestations cliniques.¹²⁷ Soulignons que l'application de ce critère dépend lui aussi de la qualité des examens pratiqués et des informations consignées au dossier peu après que l'accident se soit produit.

La continuité évolutive est un autre facteur lié à la chronologie des événements en regard de l'histoire naturelle de la blessure ou de la maladie. Un suivi médical permet-il d'expliquer la nature et l'importance des problèmes actuels par une évolution, sans interruption, des blessures notées initialement? Un suivi médical bien documenté permet d'étayer des conclusions quant à l'existence d'un lien de causalité.¹²⁸ Un silence médical de plusieurs mois laissera entrevoir une possible rupture du lien de causalité ou tout simplement l'absence de lien.¹²⁹ Parfois le silence médical sera expliqué de façon satisfaisante, comme dans l'affaire *Assurance-automobile - 49*,¹³⁰ où la victime d'un traumatisme crânien sévère présentait des problèmes de comportement importants qui l'ont amené à fuguer de l'hôpital où il était soigné, quelques jours seulement après avoir subi son opération.

Le dernier critère d'imputabilité amène l'expert à vérifier s'il y a concordance entre le site de l'impact, celui de la blessure et éventuellement, celui de la séquelle. Ainsi, on s'explique mal qu'un choc au niveau de la

126. Voir notamment A-A-10 (1991), *supra* note 50 : douleurs lombaires apparues 5 semaines après l'accident et diagnostic de défilé thoracique posé 4 mois après l'accident; *Assurance-automobile-12*, [1995] C.A.S. 277 (AA-15114 et AA-15115) : lésion cervicale apparue plusieurs mois après l'accident; *Assurance-automobile-25*, [1996] C.A.S. 308 (AA-61037) [ci-après «A-A-25 (1996)»] : tendinite - diagnostic posé 3 ans après l'accident - hernie musculaire au biceps droit - diagnostic posé 5 mois après l'accident - pas de constatations contemporaines à l'accident; A-A-91 (1997), *supra* note 54.

127. Voir A-A-42 (1996), *supra* note 104; A-A-24 (1992), *supra* note 71.

128. À titre d'illustration, voir *Assurance-automobile - 15*, [1992] C.A.S. 541 : déchirure ligamentaire à l'épaule droite, «parfaite congruité de cette histoire clinique». Voir également *Assurance-automobile - 73*, [1997] C.A.S. 245 (AA-17836) : décollement rétinien, étourdissements, troubles rapportés de façon constante, continuité évolutive prévisible.

129. À titre d'illustration : A-A-25 (1996), *supra* note 126; voir également A-A-40 (1995), *supra* note 107.

130. Voir A-A-49 (1996), *supra* note 98, particulièrement à la p. 756.

colonne cervicale se traduise par des douleurs à la région lombaire.¹³¹ Par contre, on comprend qu'un traumatisme crânien puisse produire des effets ailleurs. La seule concordance de site n'est pas concluante en soi; on n'a qu'à penser aux lésions cancéreuses. Dans l'affaire *Assurance-automobile* - 2 (1992),¹³² la victime avait été blessée au cou et à l'épaule gauche lors d'un accident survenu en 1984. Cinq ans plus tard, elle subissait une intervention chirurgicale au même site anatomique pour soulager des douleurs persistantes. La Commission a considéré que les problèmes qui avaient nécessité cette intervention constituaient une rechute de l'accident de 1984. Elle a toutefois pris soin d'apporter la précision qui suit : «Il ne suffit pas, en effet, que l'intervention soit au même site anatomique pour que l'on conclue automatiquement qu'elle est reliée à l'accident».¹³³

Cette revue des critères d'imputabilité médicale permet de constater qu'ils retiennent l'attention de la Commission des affaires sociales; plus rarement dans leur ensemble, mais très fréquemment de façon morcelée. On note également l'importance que revêt l'histoire naturelle de la maladie ou de la blessure, comme critère en soi ou dans ses applications particulières que sont le délai d'apparition, le mécanisme de production de la blessure, ou la continuité évolutive. L'application de ces critères d'imputabilité médicale par la Commission des affaires sociales illustre l'influence qu'exercent les paramètres scientifiques dans l'appréciation du lien de causalité entre les blessures et le fait accidentel.

L'approche «scientifique» que nous venons de décrire s'est manifestée à l'occasion de décisions concernant des victimes atteintes d'un syndrome appelé fibromyalgie. Parfois désigné sous le nom de fibromyosite, ce syndrome se caractérise par des douleurs musculaires multiples, accompagnées de maux de tête, de fatigue et de troubles de sommeil. Ces victimes étaient généralement bien portantes avant l'accident et ont développé le syndrome par la suite; à défaut d'explication satisfaisante, elles estiment que l'accident d'automobile en est la cause.

131. A-A-10 (1991), *supra* note 50, plus particulièrement à la p. 224.

132. Voir A-A-2 (1992), *supra* note 59.

133. *Ibid.* à la p. 178.

La Commission des affaires sociales a été saisie d'un certain nombre de cas de fibromyalgie. Ces cas posent deux types de problèmes. En premier lieu, comme le syndrome se manifeste principalement sous forme de douleurs, il est difficile d'établir un diagnostic sur la base d'éléments objectifs. En second lieu, même si on accepte le diagnostic, il reste à établir son origine traumatique. Si le diagnostic de fibromyalgie en lui-même acquiert graduellement une certaine reconnaissance de la part de la Commission, nous verrons qu'il en est autrement de sa relation avec l'accident d'automobile. Nous verrons également dans quelle mesure les critères d'imputabilité médicale ont pu guider la Commission dans son analyse de ces problèmes.

La première difficulté pour les victimes atteintes de fibromyalgie est de faire la preuve du diagnostic. Nous avons vu que la seule expression d'une douleur ne suffit généralement pas pour établir le droit aux indemnités; il faut que les douleurs soient objectivées médicalement.¹³⁴ Or, comme l'indiquait le médecin expert d'un appelant : «Comme il s'agit de fibromyalgie, il ne faut pas s'étonner que les examens physiques soient pratiquement normaux, de même que les bilans de laboratoires. En effet, c'est de l'essence même de cette pathologie d'être pauvre sur le plan des signes objectifs».¹³⁵

Au début des années 90, cette absence de signes objectifs amenait la Commission à exprimer de sérieuses réserves quant à ce type de diagnostic. Un extrait de la décision *Assurance-automobile - I* (1993) est assez révélateur de la perception de la Commission à cette époque :

«Tenant compte donc de toutes ces considérations [*absence de signes objectifs, cause inconnue, etc.*], la Commission, tout comme le bureau de révision et le docteur L...C..., physiatre, estime que la fibromyosite est une entité controversée, à causes multiples, où le facteur traumatique n'est pas spécifique, entité qui, selon la littérature médicale disponible, n'a pas reçu encore aujourd'hui l'assentiment général de la communauté scientifique.

134. Voir au début de cette section II.A.

135. Le Dr N..., dont le témoignage est résumé dans l'affaire A-A-65 (1997), *supra* note 61 à la p. 200.

C'est pourquoi la Commission, en conformité avec sa jurisprudence constante, tient à rappeler l'opinion énoncée par le docteur Georges Reinhardt dans le dossier Assurance-automobile¹³⁶ qu'elle a retenu et qui se lit comme suit :

[...]

J'ai peine à me convaincre de l'existence d'une telle entité non seulement parce qu'elle n'est pas objectivée par l'auteur mais ,je dirais même éliminée considérant tous les examens normaux. D'ailleurs, ce terme de fibrosite et ses synonymes sont contestés par plusieurs auteurs. Aussi je crois pertinent d'annexer à cette note un article pour illustrer ma pensée, article publié dans "The Western Journal of Medecine" :

It seems apparent that traumatic fibromyositis should be regarded as one of the many medical myths making up the folklore of trauma [nos italiques] and therefore should be discarded as a serious clinical diagnosis.»¹³⁷

Par la suite, les progrès de la science médicale ont permis de mieux connaître le syndrome et d'en proposer une description comportant des éléments qui peuvent être constatés lors d'un examen clinique :

«Comme l'écrit la Dre Monique Camerlain dans la revue Le Clinicien de juillet 1995, la fibromyalgie se définit comme une maladie ou syndrome multifactoriels, caractérisée par la présence de douleurs musculaires aux 4 quadrants du corps depuis plus de trois mois et

136. Assurance-automobile, AA-55292, le 2 janvier 1990, par Me Joly-Ryan et Dr Therrien.

137. Assurance-automobile - I, [1993] C.A.S. 137 (AA-13818, AA-14534 et AA-14535) aux pp 144-145 [ci-après «A-A-1 (1993)»]; Les mêmes perceptions s'exprimaient en termes un peu moins tranchants dans une décision rendue à la même époque : voir Assurance-automobile, AA-58528, le 9 juillet 1993, par Me Cloutier et le Dr Laliberté, extrait reproduit dans Assurance-automobile - 6, [1995] C.A.S. 233 (AA-59061) à la p. 236 [ci-après «A-A-6 (1995)»].

s'accompagnant de douleur à la palpation digitale à au moins 11 de 18 points anatomiques bilatéraux spécifiques.

En 1990, l'American College of Rheumatology définissait les critères de classification de la fibromyalgie comme suit :

[...]

De plus, le syndrome douloureux est accompagné de troubles du sommeil, de fatigue, de maux de tête. Les malades accusent un enraidissement matinal diffus qui peut s'associer à une sensation de gonflement des articulations. Plus rarement, on rencontre des problèmes du colon, de la vessie, et un syndrome de Raynaud. L'examen physique des points douloureux est strictement normal. Les examens de laboratoire ne montrent rien de particulier, tout comme les examens d'anatomie pathologique au microscope. Les examens radiologiques de tomographie, et de résonance magnétique ne montrent rien de particulier non plus. La fibromyalgie se retrouve surtout chez les femmes de 20 à 50 ans mais se rencontre également chez les hommes, les vieillards et les enfants. L'étiologie ou la cause n'est pas connue. Il n'y a pas de traitement spécifique.»¹³⁸

Ce sont d'ailleurs ces constats de douleurs à un nombre minimal de points gâchettes, ou plutôt leur absence, qui amenaient un médecin évaluateur de la Société de l'assurance automobile à contester un diagnostic de fibromyalgie posé par l'expert d'une réclamante.¹³⁹

D'autre part, en traitant des conditions personnelles préexistantes, nous avons mentionné que la Commission avait accepté d'indemniser une victime en raison de l'aggravation d'une fibromyalgie diagnostiquée avant l'accident.¹⁴⁰ La Commission a accepté en preuve qu'un tableau de fibromyalgie pouvait s'aggraver par suite d'un trouble émotionnel post-traumatique.¹⁴¹ Il y a

138. *Assurance-automobile - 17*, [1996] C.A.S. 273 (AA-61086) aux pp 275-276 [ci-après «A-A-17 (1996)»]. Mentionnons que le Collège a publié en 1996 des lignes directrices sur la fibromyalgie.

139. *Assurance-automobile - 65*, (1997), *supra* note 61 à la p. 198.

140. Voir A-A-24 (1995), *supra* note 62.

141. *Ibid.* à la p. 750.

cependant lieu de préciser qu'en accordant une prolongation de la période d'indemnité de remplacement du revenu et une indemnité forfaitaire pour déficit psychiatrique, la Commission s'est bien gardée d'indemniser la fibromyalgie en tant que lésion musculo-squelettique. Le pourcentage accordé au titre du déficit psychiatrique découlant d'un stress post-traumatique englobait «non seulement le syndrome névrotique du stress post-traumatique, mais aussi la lésion tissulaire [la portion aggravée de la fibromyalgie] qui lui est inhérente».¹⁴² La Commission se refusait à accorder une indemnité pour des douleurs distinctes de celles qui auraient été exacerbées par le stress post-traumatique.

Ceci dit, on peut affirmer que la Commission des affaires sociales a fini par reconnaître les diagnostics de fibromyalgie et qu'il ne s'agit plus du «mythe» qu'on se faisait un devoir de dénoncer il y a quelques années. Ainsi, dans l'affaire *Assurance-automobile -17* (1996), la Commission concluait la première partie de son analyse du dossier en ces termes : «On ne peut nier que cet accident lui a causé une lésion cervico-dorsale, tout comme on doit accepter le diagnostic de fibromyalgie posé quelques mois plus tard par les médecins spécialistes traitants et les experts».¹⁴³

Au-delà d'établir et de reconnaître le diagnostic, la seconde difficulté demeure. Pour la Commission des affaires sociales, l'état actuel des connaissances médicales ne permet pas d'établir l'origine traumatique de la fibromyalgie; il s'agit tout au plus d'une hypothèse non vérifiée. Les médecins experts qui se prononcent en faveur de l'existence d'un lien de causalité appliquent d'une part un raisonnement analogue à celui qui sous-tend les présomptions de fait : en présence d'une victime qui était bien portante avant l'accident et qui éprouve à la suite de l'accident des douleurs réelles qui la rendent invalide, il faut conclure à la relation à défaut d'autre explication satisfaisante.¹⁴⁴ Ces médecins invoquent d'autre part des études qui tendraient à démontrer l'origine traumatique d'une certaine proportion de cas de fibromyalgie. Ces études établissent une classification des cas de fibromyalgie

142. *Ibid.* à la p. 754.

143. A-A-17 (1996), *supra* note 138 à la p. 279.

144. Voir A-A-6 (1995), *supra* note 137 aux pp 235 et 236 : témoignage du neurologue N...; voir également A-A-65 (1997), *supra* note 61 aux pp. 194, 204 : témoignage du Dr B... et commentaire de la Commission.

parmi lesquelles les cas de fibromyalgie réactive ou post-traumatique. Comme un certain nombre des patients de cette catégorie ont continué à demander des soins et à se faire traiter après avoir obtenu une compensation monétaire, les auteurs concluent que ces patients ne sont pas des simulateurs et que leurs problèmes ont bel et bien pour origine le fait accidentel pour lequel ils ont été indemnisés.¹⁴⁵ Pour la Commission, ces études n'apportent rien au débat et ne fournissent pas d'explication satisfaisante :

«D'où vient la fibromyalgie? Quelle est son étiologie? Quelle est sa pathogénèse? Personne ne peut le dire. Selon les conclusions de l'expertise du Dr H..., de même qu'à la lumière de quelques articles de doctrine médicale déposés lors de l'audience (pièces A-2 et A-3), l'étiologie est purement descriptive. *On rapporte que*, dans un certain pourcentage de cas, un traumatisme chirurgical, voire même obstétrical, un épisode viral ou une blessure musculo-squelettique, ou encore un accident d'automobile engendrant une douleur localisée, aurait été l'élément déclencheur ou initiateur d'une fibromyalgie devenant par la suite généralisée. Il s'agirait alors d'une fibromyalgie dite secondaire ou réactive. Ces cas représenteraient plus ou moins 25% des cas de fibromyalgie dûment identifiés. Qu'en est-il des 75% autres? On ne le sait tout simplement pas. Bref, si un médecin pose un diagnostic de fibromyalgie et qu'on peut documenter un quelconque traumatisme dans son histoire antérieure et que les douleurs se sont généralisées depuis lors, le traumatisme est l'agent déclencheur ou initiateur. Si le patient ne rapporte pas une telle histoire, le médecin reste sans réponse (italiques dans le texte).»¹⁴⁶

La Commission des affaires sociales a toujours maintenu sa position quant au refus de reconnaître un lien de causalité entre le déclenchement d'une fibromyalgie et un accident d'automobile. C'est un seuil que la Cour supérieure s'est cependant permis de franchir en acceptant de réviser judiciairement une décision de la Commission des affaires sociales. Dans l'affaire *Brouillette c.*

145. A-A-17 (1996), *supra* note 138 aux pp 277-278.

146. A-A-65 (1997), *supra* note 61 à la p. 204 : dans cette affaire, l'expert se référait à la page 197 aux mêmes études que celles citées par son confrère dans l'affaire *Assurance-automobile - 17*, (1996).

Commission des affaires sociales,¹⁴⁷ le juge Plouffe était saisi d'une demande de révision judiciaire d'une décision de la Commission¹⁴⁸ dans un cas de fibromyalgie. La requérante reprochait notamment à la Commission de n'avoir pas tenu compte de trois opinions médicales non contredites quant la relation entre sa fibromyalgie et l'accident d'automobile dont elle avait été victime. Le juge passe en revue les éléments de la décision et constate qu'en rendant sa décision, la Commission n'évalue pas les opinions médicales soumises par l'appelante. La Cour considère que la Commission a commis une erreur manifestement déraisonnable en n'expliquant pas pourquoi elle ne retient pas les opinions soumises et en les ignorant à toutes fins utiles. Cette omission qualifiée d'arbitraire amène le juge Plouffe à accorder la requête en révision judiciaire. Par ailleurs, le juge Plouffe ajoute : «En faisant une "analyse minutieuse" de toute la preuve, la C.A.S. aurait dû conclure à une relation causale probable entre la condition de fibromyalgie de la requérante et l'accident du 26 mars 1992.» Le Tribunal déclare en conséquence qu'il y a un lien causal entre l'accident et le diagnostic de fibromyalgie.

En rendant sa décision, le juge Plouffe ne se livre pas à une analyse poussée de la preuve. Il se contente de reproduire des extraits des opinions médicales dont on aurait omis de tenir compte et qui concluent à l'existence d'une relation entre l'accident et la fibromyalgie. On peut comprendre que la Cour sanctionne l'omission de la Commission en lui retournant le dossier pour qu'elle prenne en compte des éléments qu'elle semble avoir ignoré. Cependant, on peut s'étonner que la Cour supérieure tranche elle-même un débat qui relève normalement des compétences spécialisées de la Commission. Il appert que la décision du juge Plouffe dans l'affaire *Brouillette* n'a pas amené la Commission à reconnaître la relation dans les dossiers de fibromyalgie dont elle a été saisie par la suite.

La jurisprudence de la Commission des affaires sociales relative aux cas de fibromyalgie illustre bien l'influence de l'approche «scientifique» sur son analyse des questions de causalité. Dans un premier temps, l'exigence de constats objectifs pour établir le préjudice l'ont conduite à refuser le diagnostic

147. (12 juillet 1997), Hull 550-05-002489-964, J.E. 96-1541 (C.S.).

148. *Assurance-automobile*, AA-60750, le 12 février 1996, par la Dre Horn-Bisaillon et Me Saucier.

de fibromyalgie. Par la suite, l'élaboration d'un processus pour poser ce diagnostic et son acceptation par la communauté scientifique ont permis à la Commission de revoir ses positions. Quant à la relation entre la fibromyalgie et le fait accidentel, elle est écartée par l'application de la grille d'analyse que forment les critères d'imputabilité médicale.

Au premier chef, l'application du critère «histoire naturelle de la maladie» pose un obstacle de taille à ceux qui voudraient démontrer l'origine traumatique de la fibromyalgie. Ce critère central fait appel aux théories scientifiques reconnues. Or, vu l'état actuel des connaissances médicales en matière de fibromyalgie, les victimes de ce syndrome ne peuvent satisfaire aux exigences posées par ce critère. Tout au plus, elles peuvent espérer que les études scientifiques qui seront produites sur le sujet à l'avenir iront au-delà du caractère essentiellement empirique de celles déposées en preuve dans les décisions que nous avons citées. Ces victimes sont à la remorque de la science.

D'autre part, on peut mentionner que plusieurs des autres critères d'imputabilité médicale entrent en jeu dans l'analyse de la relation dans les cas de fibromyalgie. En décrivant la nature des blessures initiales, on souligne que les rapports médicaux contemporains à l'accident faisaient état de blessures localisées, de simples contusions, quand ce n'est pas tout simplement l'absence de blessure.¹⁴⁹ La «condition préexistante», ou plutôt l'absence de condition préexistante, est soulignée par les procureurs des victimes au soutien d'une argumentation fondée sur les présomptions de faits.¹⁵⁰ En appréciant la «réalité et l'intensité du traumatisme», on indiquera que l'accident «a causé plus de peur que de mal».¹⁵¹ Quant au «mécanisme de production de la blessure», il est acquis qu'il est inconnu en regard de l'état des connaissances scientifiques actuelles. Le «délai d'apparition», la «continuité évolutive» et la «concordance de siège impact-blessure-séquelles» sont d'autres critères susceptibles d'être invoqués pour nier la relation.¹⁵² De l'ensemble des critères d'imputabilité, seul le constat d'absence d'une condition préexistante tend à favoriser la preuve de

149. Voir notamment A-A-1 (1993), *supra* note 137 et A-A-65 (1997), *supra* note 61.

150. À titre d'exemple : A-A-65 (1997), *ibid.* à la p. 200.

151. *Ibid.* à la p. 197.

152. *Ibid.* aux pp.191, 193-194, 204.

la relation. Encore faut-il que la Commission se montre réceptive à l'application des présomptions de fait. Ce qui nous amène à l'affaire *Martelli*¹⁵³ et à ses suites.

B. Normes juridiques ou normes scientifiques? L'affaire *Martelli* et ses suites.

En août 1989, Madame Martelli a été victime d'un accident d'automobile au cours duquel elle a été blessée au dos. Elle a été hospitalisée une quinzaine de jours et a ensuite subi de nombreux examens et traitements pour des douleurs lombaires qui l'ont empêchée de reprendre son travail de couturière. Ces douleurs se sont manifestées de façon constante depuis l'accident. Les expertises médicales ont permis d'établir que Madame Martelli était porteuse d'une spondylolyse, une pathologie congénitale de la colonne au niveau des vertèbres lombaires. Cette condition était cependant totalement asymptomatique avant l'accident.

Madame Martelli a reçu une indemnité de remplacement du revenu jusqu'en juin 1990 et on lui a attribué un pourcentage d'atteinte permanente de 5% sur le plan psychiatrique. La Société de l'assurance automobile a mis fin aux indemnités de remplacement de revenu car elle estimait que les douleurs persistantes qu'éprouvait Madame Martelli neuf mois après l'accident n'étaient pas attribuables à celui-ci, mais plutôt à sa condition congénitale. En effet, les divers examens auxquels se sont livrés les experts n'ont pas révélé la présence d'une hernie discale, de sténose spinale, de compression radiculaire, ou d'autres signes objectifs qui indiqueraient une atteinte des segments concernés qui pourrait être en rapport avec l'accident. La Commission des affaires sociales a rejeté l'appel de Madame Martelli :

«En somme, une lecture attentive de toute la documentation médicale soumise en preuve, aussi bien celle concernant la condition de l'appelante aux premiers jours après l'accident que la documentation ultérieure, n'a pas permis aux soussignés de trouver quelque élément faisant état de l'impact au plan physique de l'accident et pouvant justifier objectivement une incapacité au-delà du 31 mai 1990. Par ailleurs, il est bien établi médicalement que l'appelante est atteinte

153. *Martelli*, *supra* note 6.

d'une pathologie congénitale. On doit donc conclure que la lombalgie dont elle souffre et son incapacité de reprendre son emploi le 1er juin 1990 n'est pas causée par l'accident mais bien par la maladie congénitale dont elle est atteinte.

Bien qu'avec déférence, la Commission ne peut donc retenir en l'espèce l'argument du procureur de l'appelante relatif à la présomption de faits.»¹⁵⁴

Madame Martelli a demandé à la Cour supérieure de réviser la décision. Le juge Claude Tellier a accordé la requête car il estime que la Commission des affaires sociales a commis une erreur manifestement déraisonnable à deux niveaux. La Commission aurait commis une erreur en ne tenant pas compte de la théorie du crâne fragile ou *thin skull Rule*, et elle aurait commis une erreur en n'appliquant pas la règle de la présomption de faits (ou *res ipsa loquitur*). En accordant la requête, le juge Tellier s'abstient de rendre une décision en lieu et place de la Commission. Il lui retourne le dossier pour qu'un nouveau banc en dispose en tenant compte de ses indications quant aux règles applicables. Cette décision a été portée en appel.¹⁵⁵

On pourrait discuter longtemps de l'exercice du pouvoir de révision judiciaire par la Cour supérieure dans cette affaire. Le juge Tellier a-t-il respecté la norme de retenue judiciaire établie par la jurisprudence?¹⁵⁶ Considérant qu'il s'agit d'erreurs dans l'application des règles générales de droit, le juge Tellier estime que la Commission des affaires sociales ne bénéficie plus de la retenue judiciaire dont doivent faire preuve les tribunaux supérieurs pour ce qui relève de la compétence spécialisée des tribunaux administratifs.

Par ailleurs, au-delà de cette distinction entre compétence générale et compétence spécialisée, le juge Tellier considère que la Commission commet

154. *Assurance-automobile*, AA-57270 et AA-57562, le 10 avril 1992, par Dre Horn-Bisaillon et Me Tellier, extrait reproduit dans le texte de la décision du Juge Tellier en Cour supérieure.

155. Requêtes en prolongation de délai accueillies : (30 mai 1996), Montréal 500-09-001483-957, 500-09-001493-956 (C.A.).

156. Voir l'affaire *Bibeault c. Union des employés de service, local 298 (F.T.Q.)*, [1998] 2 R.C.S. 1048 et autres citées par le juge Tellier dans sa décision.

une erreur manifestement déraisonnable si celle-ci ne respecte pas les règles de justice naturelle, eu égard aux circonstances particulières du dossier. Il ajoute : «Le manifestement déraisonnable ne veut pas dire quelque chose de grossier. [...] L'erreur commise peut être subtile car s'il fallait considérer seulement les erreurs grossières, la justice pourrait à certains égards être malmenée». La Cour d'appel aura à débattre de cette question de la retenue judiciaire. Il est fort possible qu'elle dispose de l'affaire *Martelli* en déclarant que le juge Tellier n'a pas respecté la norme, laissant les autres questions sans réponse.¹⁵⁷ Cette perspective ne doit pas nous priver de discuter de l'application de la *thin skull Rule* et des présomptions de faits dans le contexte de l'affaire *Martelli*. Nous aborderons ensuite la distinction qu'invoque le juge Tellier entre normes médicales et normes juridiques en matière de causalité.

L'extrait de la décision de la Commission des affaires sociales reproduit plus haut indique bien que la Commission relie la lombalgie persistante de Mme Martelli à sa pathologie congénitale et non pas à l'accident d'automobile. Le juge Tellier reproche à la Commission d'avoir mal interprété l'expression «dommage corporel» au sens de la *Loi sur l'assurance automobile* en ne tenant pas compte de la *thin skull Rule*. En invoquant la condition personnelle préexistante de Mme Martelli, la Commission lui aurait opposé une fin de non-recevoir. Or, tant la jurisprudence de droit commun que la jurisprudence de la Commission elle-même reconnaissent qu'une prédisposition à une maladie ne suffit pas à justifier un refus d'indemniser; chaque cas doit être jugé selon les circonstances qui lui sont propres. La Commission a-t-elle omis ou refusé d'appliquer la *thin skull Rule*? Ni le résumé de l'arrêtiste,¹⁵⁸ ni le long extrait de la décision de la Commission reproduit dans le texte du jugement de la Cour supérieure ne font mention de la théorie du «crâne fragile» ou *thin skull Rule*. La Commission constate sans équivoque la présence de la pathologie congénitale, mais on doit conclure qu'elle ne voit pas matière à appliquer la *thin*

157. La décision récente de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Guillemette* relativement à une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles est de nature à renforcer la retenue dont les tribunaux doivent faire preuve dans la révision des décisions d'organismes analogues. Voir *J.M. Asbestos inc. c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] 1 R.C.S. 315, où la Cour suprême reprend à son compte l'opinion dissidente du juge Forget, rapportée : *Guillemette (Succession de) c. J.M. Asbestos Inc.*, [1996] R.J.Q. 2444 (C.A.).

158. Société québécoise d'information juridique, banque ADMR, numéro J1992557953000.

skull Rule. C'est que la théorie du «crâne fragile» qui a pour objet la réparation intégrale du préjudice selon les caractéristiques propres à la victime, s'applique en autant que le lien entre le dommage et le fait accidentel est établi au préalable. Or, la Commission met en doute l'existence d'un lien entre l'accident d'automobile et les douleurs persistantes éprouvées par Mme Martelli. À tout le moins, la décision de la Commission est elliptique.

Le refus d'appliquer la règle des présomptions de faits soulève plus d'interrogations. Il est clairement établi que Mme Martelli est porteuse d'une condition pathologique congénitale. Il est également établi que sa condition était asymptomatique avant l'accident, que les douleurs lombaires dont elle se plaint se sont manifestées dès après l'accident et qu'elles ont persisté depuis. N'est-il pas logique d'établir un lien entre l'accident et ces douleurs?

Dans ces circonstances, le juge Tellier appliquerait la règle des présomptions de faits et plus spécifiquement la règle *res ipsa loquitur*. Plus encore, une fois que la Société de l'assurance automobile a accepté de verser des indemnités à Mme Martelli, il s'opérerait un renversement du fardeau de preuve en faveur de la victime :

«Voici, selon l'avis du Tribunal, comment les règles de preuve auraient dû être appliquées. La requérante avait le fardeau de la preuve qu'elle avait subi des blessures à l'occasion d'un accident d'automobile. Elle a réussi à le faire puisque la SAAQ lui a versé des prestations du mois de septembre 1989 au 31 mai 1990.

Par contre, quand la SAAQ veut cesser les paiements, alors qu'elle reconnaît que la bénéficiaire éprouve encore des douleurs et des symptômes, c'est à la SAAQ, organisme payeur, qu'incombe le fardeau de la preuve pour établir que l'accident n'a rien à voir avec le fait que la condition médicale antérieure asymptomatique est devenue symptomatique après l'accident. En d'autres termes, il y a eu renversement du fardeau de la preuve et création d'une présomption en faveur de la requérante. À partir de ce moment, c'est à la SAAQ qu'incombe le fardeau de prouver que l'accident n'a rien à voir avec l'apparition des symptômes qui, jusqu'à l'accident, avaient été silencieux.»

À l'appui de ce renversement du fardeau de la preuve, le juge Tellier cite une décision de la Cour suprême du Canada en matière d'assurances de personnes, l'affaire *Giroux*.¹⁵⁹ Dans cette affaire, une assurée avait obtenu le paiement de prestations d'assurance invalidité mais sa situation s'était améliorée au point où l'assureur s'estimait en droit de cesser les paiements. Dans ce contexte, la Cour suprême a jugé qu'à compter du moment où l'assurée avait établi son droit aux prestations, c'était à l'assureur, son débiteur, d'établir l'extinction de son obligation en démontrant la cessation de l'invalidité. Le juge Tellier reconnaît que l'affaire *Giroux* se situe dans le contexte d'une relation contractuelle, mais il estime que cette approche devrait être retenue quand le lien de droit est statutaire. Plus loin, le juge Tellier résume son point de vue :

«Pour adapter la présente situation aux règles énoncées par la Cour suprême, on peut dire que lorsque dans le cours normal des choses une personne est atteinte d'une pathologie congénitale asymptomatique et qu'à la suite d'un traumatisme cette pathologie devient symptomatique, on peut alors présumer que cette pathologie a été réveillée par le traumatisme et alors c'est à la personne chargée d'indemniser le dommage de prouver que le traumatisme n'a rien à voir avec la condition résiduelle et actuelle, même si elle peut être reliée à une condition antérieure à l'accident.»

L'application d'une présomption de fait entraîne-t-elle un déplacement du fardeau de la preuve du demandeur vers le défendeur? Les avis sont partagés. Ducharme¹⁶⁰ croit qu'il y a déplacement du fardeau de convaincre, alors que Royer¹⁶¹ croit qu'il y a tout au plus déplacement du fardeau de présentation, en ce sens que le défendeur risque de perdre sa cause s'il ne soumet pas d'élément

-
159. Caisse Populaire de Maniwaki c. *Giroux*, [1993] 1 R.C.S. 282. Dans le domaine des assurances, le professeur Bergeron énonce que la causalité s'y apprécie selon les attentes raisonnables d'une personne ordinaire et que l'interprète doit éviter les débats métaphysiques. (Voir J.-G. Bergeron, *Les contrats d'assurance*, t. 2, Sherbrooke, Les Éditions SEM inc., 1992 à la p. 120 et s.) Le professeur Bergeron réfère notamment à la décision *C.C.R. Fishing Ltd. c. British Reserve Ins. Co.*, [1990] 1 R.C.S. 814.
160. L. Ducharme, *Précis de la preuve*, 5^e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 1996 à la p. 53.
161. J.-C. Royer, *La preuve civile*, 2^e éd., Cowansville, Yvon Blais, 1995 à la p. 518; En ce sens, voir également J. Sopinka, S. N. Lederman et A. W. Bryant, *The Law of Evidence in Canada*, Toronto, Butterworths, 1992 à la p. 99 et s.

qui fasse contrepoids aux arguments logiques tirés de la présentation de certains faits par le demandeur.

Encore faut-il qu'il y ait matière à présomption de fait. L'article 2849 du *Code civil du Québec* énonce : «Les présomptions qui ne sont pas établies par la loi sont laissées à l'appréciation du tribunal qui ne doit prendre en considération que celles qui sont graves, précises et concordantes.» Le tribunal a donc discrétion pour retenir ou non une présomption de fait. Comme le souligne Royer : «Ce dernier jouit d'une grande liberté dans l'appréciation de la suffisance de la preuve des éléments nécessaires à son existence».¹⁶² D'autre part, les faits à la base de la présomption doivent être *graves, précis et concordants*. Selon Ducharme :

«[cette expression] veut simplement dire que les faits connus doivent être tels qu'ils rendent au moins probable l'existence du fait qu'on veut en induire. Si les faits connus sont aussi compatibles avec l'existence que la non-existence de ce fait, ils ne peuvent servir de fondement à une présomption et l'on dira alors qu'ils ne sont pas suffisamment graves, précis et concordants. Il faut bien remarquer qu'une simple probabilité est suffisante et qu'il n'est pas nécessaire que la présomption soit tellement forte qu'elle exclue toute autre possibilité.»¹⁶³

La Commission avait discrétion pour apprécier dans quelle mesure les faits établis rendaient probable la relation entre le fait accidentel et la lombalgie. La séquence des événements, en l'absence de toute autre indication, aurait pu amener une telle conclusion. Cependant, la preuve médicale a amené la Commission à conclure qu'il est plus probable que les douleurs soient attribuables aux problèmes congénitaux qu'il est probable qu'ils soient attribuables à l'accident d'automobile. En substance, la Commission s'est rangé à l'avis des témoins experts qui estiment que la relation entre le choc subi lors de l'accident et les douleurs qui persistent n'est établie que s'il est possible d'observer certains signes qui témoignent «objectivement» d'une atteinte d'origine traumatique. En l'occurrence, l'examen neuro-radiologique n'ayant

162. Royer, *ibid.* à la p. 516.

163. Ducharme, *supra* note 160 aux pp 182-183.

pas permis de déceler de signe de compression radiculaire, ni de signe de hernie ou de sténose spinale, les experts excluent tout lien avec l'accident. Compte tenu de la pathologie congénitale, ces experts sont d'avis que le type de douleurs éprouvées par la victime peut se manifester en l'absence de tout traumatisme.

Invoquant les principes présentés par Ducharme, la Commission énonce : «dans la présente situation, l'existence de la douleur chronique de l'appelante ne permet pas de conclure de façon probable que cette douleur doit être reliée à l'accident puisque il est établi clairement au plan médical que l'appelante est atteinte d'une maladie congénitale qui est à l'origine de la lombalgie.» À tout le moins, pour la Commission, il appert que les faits connus «sont aussi compatibles avec l'existence que la non-existence de ce fait [du fait qu'on veut en induire]» pour reprendre les propos de Ducharme cités précédemment. Rejetée en Commission des affaires sociales, l'argumentation fondée sur la règle de la présomption de faits a été retenue par le juge Tellier, lequel fait reproche à la Commission de ne pas l'avoir appliquée. Reste à voir si la Cour d'appel acceptera de s'engager dans ce débat.

Advenant que la Cour d'appel décide qu'il n'y a pas lieu de réviser judiciairement la décision de la Commission des affaires sociales, que devra-t-on conclure quant à la preuve exigée de la part de réclamants placés dans une situation analogue à celle de Mme Martelli? Nous sommes en présence d'une personne bien portante avant d'être victime d'un accident d'automobile. L'accident lui cause des blessures. L'agent payeur attribue des indemnités de remplacement du revenu. Les douleurs et malaises persistent au-delà de la période que ses conseillers médicaux considèrent «normale» compte tenu de la nature des blessures initiales. L'agent payeur cesse de verser les indemnités. On découvre que la victime est porteuse d'une condition personnelle congénitale susceptible de causer le type de douleurs persistantes dont elle se plaint. Ces douleurs ne se sont jamais manifestées avant l'accident d'automobile. Les experts médicaux consultés procèdent à des examens qui ne permettent pas de déceler les indices qui, eu égard à l'état des connaissances scientifiques du moment et des moyens d'investigation disponibles, leur permettraient de tirer des conclusions favorables au réclamant. En tant que scientifiques, ils sont tenus à des normes rigoureuses aux fins de conclure à l'existence d'une relation. La victime doit établir que les douleurs qu'elle continue d'éprouver sont réelles. Même si on en convenait, cela ne suffit pas. Il faut que la victime établisse que

le choc subi lors de l'accident a déclenché un mécanisme provoquant des douleurs, mécanisme dont elle a hérité à la naissance et qui est demeuré jusque-là latent. Or, on ne lui permet pas de recourir aux présomptions de faits dans ces circonstances. La victime ne se trouve-t-elle pas en demeure de présenter une preuve que l'état actuel des connaissances scientifiques ne lui permettent pas de fournir? La norme scientifique a-t-elle supplanté la norme juridique? Cette question est également posée par le juge Tellier dans l'affaire *Martelli* :

«La décision de la CAS est, à première vue du moins sur le plan médical, d'une logique impeccable. En effet, on y dit que les examens radiologiques et cliniques démontrent à n'en pas douter une condition médicale préexistante de spondylolyse. Il s'agit d'une malformation de la colonne vertébrale qui est congénitale et qui peut présenter plusieurs symptômes ou n'en présenter aucun.

Par conséquent, la Commission a raison de conclure comme elle l'a fait à la page 25 :

"Il est bien établi médicalement que l'appelante est atteinte d'une pathologie congénitale. On doit conclure que la lombalgie dont elle souffre et son incapacité de reprendre son emploi le 1er juin 1990 n'est pas causée par l'accident, mais bien par la maladie congénitale dont elle est atteinte. (n o u s soulignons)

Comme déjà mentionné, selon la logique médicale, c'est impeccable. Il est évident que des symptômes causés par une maladie congénitale ne sont pas causés par un traumatisme.

Mais est-ce bien cela que la Commission des Affaires sociales devait décider? Ce n'est pas une décision médicale qu'elle devait rendre, mais une décision juridique qui consistait à déterminer si la requérante avait subi un dommage corporel au sens de l'article 2 de la *Loi sur l'assurance automobile*, L.R.Q. c. A-25 et avait droit à une indemnité ou à une compensation pour dommages corporels à la suite d'un accident d'auto dont elle avait été victime. Il apparaît que c'est alors un tout autre débat qui devait avoir lieu et qui n'a pas eu lieu.

[...]

La question qui se pose clairement et qui ne semble pas avoir été débattue ni répondue est la suivante : Est-ce que la condition préexistante asymptomatique n'a pas été réveillée par le traumatisme subi dans l'accident? Le traumatisme n'est-il pas la cause du fait que cette spondylolyse latente et asymptomatique est devenue symptomatique? La requérante a tout à fait raison de faire un raisonnement simple mais logique : comment expliquer qu'avant l'accident elle était en bonne santé et sans problème et que depuis l'accident elle a des problèmes et des douleurs qui l'empêchent de travailler et lui empoisonnent l'existence.

C'est un débat qui aurait dû avoir lieu suivant les règles de droit et non pas seulement selon les données de la science médicale. Les données de la science médicale font partie de la preuve, doivent être prises en considération, mais ne constituent pas les règles de droit selon lesquelles la réclamation doit être traitée et décidée.» [soulignés dans le texte]

La distinction entre causalité juridique et causalité scientifique a été établie et commentée en jurisprudence. Deux décisions de la Cour suprême du Canada, les affaires *Snell c. Farrell*¹⁶⁴ et *Laferrière c. Lawson*,¹⁶⁵ sont particulièrement éloquentes à ce sujet. Comme l'exprime le juge Gonthier :

«Il vaut peut-être la peine de redire qu'un juge sera influencé par les avis d'experts scientifiques exprimés sous forme de probabilités statistiques ou d'échantillonnages, mais il n'est pas lié par ce genre de preuve. Les conclusions scientifiques ne sont pas identiques aux conclusions juridiques. Récemment, notre Cour a dit clairement dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311, que "[l]a causalité n'a pas à être déterminée avec une précision scientifique" (p. 328) et qu'"il n'est pas essentiel que les experts médicaux donnent un avis ferme à

164. *Snell, supra* note 41.

165. *Laferrière, supra* note 40; Pour un commentaire, voir J.-P. Ménard, «La causalité dans les causes de responsabilité médicale depuis les affaires Lawson et Farrell» dans Formation permanente du Barreau du Québec, *Développements récents en droit de la santé (1991)*, Cowansville, Yvon Blais inc., 1991 aux pp. 3-32.

l'appui de la théorie de la causalité du demandeur" (p. 330). Notre Cour et la Cour d'appel du Québec ont fréquemment affirmé qu'il faut que la preuve du lien causal soit établie selon la prépondérance des probabilités compte tenu de toute la preuve soumise, c'est-à-dire la preuve factuelle, la preuve statistique et les faits dont le juge peut présumer l'existence.»¹⁶⁶

Cette invitation à relativiser l'importance des conclusions scientifiques en matière de causalité a-t-elle retenu l'attention de la Commission des affaires sociales? On relève tout au plus quatre décisions rapportées où la Commission en fait mention. Deux d'entre elles ont été rendues dans les mois qui ont suivi les décisions de la Cour suprême. La première¹⁶⁷ applique les directives de la Cour au bénéfice d'un travailleur accidenté. Il s'agissait d'établir la relation entre des problèmes d'acuité visuelle et un accident du travail survenu neuf ans auparavant. La seconde¹⁶⁸ invoque ces mêmes directives pour établir la relation causale entre des problèmes de déglutition et un accident d'automobile. Lors de l'accident, la victime avait subi des fractures à la mâchoire qui ont nécessité la pose de broches de fixation le temps qu'elles soient consolidées. Des problèmes de déglutition et d'hyperexcitabilité du larynx sont apparus après que les broches aient été enlevées. Les experts médicaux n'étaient pas en mesure d'expliquer scientifiquement le phénomène. La Société de l'assurance automobile a refusé de reconnaître la relation en première instance et en révision. La Commission a accueilli l'appel en invoquant les directives de l'arrêt *Snell* dans sa décision dont voici un extrait :

«La Commission fait d'abord remarquer qu'au moment de la décision de première instance, même si les médecins ne trouvaient pas d'explications, les problèmes de déglutition étaient bien réels. De plus, ces difficultés n'existaient pas avant l'accident et tous les médecins ont décrit les modifications importantes au maxillaire inférieur consécutives à cet accident. Même si les médecins ne sont pas tout à fait certains du mécanisme qui pourrait expliquer ces difficultés, il n'en demeure pas moins que la preuve documentaire témoigne

166. *Laferrière, ibid.* à la p. 606.

167. *Sauveteurs et victimes d'actes criminels - 40*, [1991] C.A.S. 401 (AT-61701).

168. *Assurance-automobile - 41*, [1991] C.A.S. 906 (AA-12349) [ci-après «A-A-41 (1991)»].

d'épisodes d'étouffement au cours de l'alimentation, un de ces épisodes ayant même nécessité une manoeuvre de Heimlich.

[...]

La Commission des affaires sociales est d'avis enfin que l'intimée ne peut pas interpréter les opinions des neurologues et du Dr A... dans le sens qu'il n'y a pas de lien de causalité parce qu'il n'y a pas d'explications précises.»¹⁶⁹

Après avoir cité un long extrait de la décision *Snell*, la Commission tire les conclusions suivantes :

«Si les faits prouvés permettent d'inférer une relation entre un événement et un préjudice, on doit établir un lien de causalité juridique même si la preuve scientifique d'une telle relation n'est pas établie avec certitude. En l'occurrence, les médecins ne mettent pas en doute qu'il y ait des problèmes de déglutition. S'ils n'ont pas vraiment d'explications à la suite des examens des structures du pharynx, ils n'éliminent pas pour autant une cause neurologique, comme «une hyperexcitabilité nerveuse périphérique», ce que propose la Dre F..., ni une cause mécanique comme le suggère le Dr A..., ni une cause organique «impossible à préciser», selon le Dr E...

La Commission, s'appuyant sur l'étude des circonstances de cette affaire, plus particulièrement l'apparition des problèmes de déglutition immédiatement après le désembrochage et la possibilité, d'un point de vue médical, qu'il y ait relation entre la blessure subie et lesdits problèmes, conclut qu'il y a prépondérance de preuve selon laquelle il y a un lien de causalité entre les problèmes de déglutition présentés par l'appelante et la blessure subie lors de l'accident d'automobile.»¹⁷⁰

La troisième décision rapportée qui réfère aux arrêts *Snell* et *Laferrière* est celle portant sur les cas de vaccination et dont nous avons fait état précédemment.¹⁷¹ La dernière décision rapportée traite du cas d'une victime

169. *Ibid.* à la p. 910.

170. *Ibid.* à la p. 911.

171. Voir SSSS-13, *supra* note 38 et texte correspondant.

d'accident d'automobile souffrant de fibromyalgie; la référence à l'arrêt *Snell* se trouve dans un extrait d'article que le procureur de la réclamante a soumis à l'attention de la Commission et que celle-ci se contente de reproduire.¹⁷² Par ailleurs, nous avons relevé cinq décisions non rapportées de la division de l'assurance-automobile Commission des affaires sociales où les principes énoncés par la Cour suprême dans *Snell* et *Lafferrière* ont été discutés ou appliqués.¹⁷³

En regard de ce qui précède, doit-on conclure que dans l'affaire *Martelli*, la Commission des affaires sociales a appliqué des normes scientifiques plutôt que des normes juridiques dans l'évaluation du lien de causalité? Il est vrai que la Commission a accordé une grande importance aux témoignages des experts médicaux qui ont examiné l'appelante. Par contre, ces éléments font partie de la preuve; la Cour suprême a simplement rappelé que le témoignage de tels experts ne liait pas le tribunal. Dans l'affaire *Assurance-automobile - 41*,¹⁷⁴ les experts se perdaient en conjectures pour identifier la cause des problèmes de déglutition éprouvés à la suite de l'accident d'automobile. Dans l'affaire *Martelli*, les trois experts, après avoir exclu certaines hypothèses à la suite d'un examen plus poussé de la région atteinte, ont exprimé l'avis que les douleurs éprouvées par Mme Martelli sont essentiellement attribuables à sa pathologie congénitale. À propos de ces douleurs, la Commission note : «Il est possible que le 31 mai 1990, lorsque l'intimée a mis fin au versement de l'indemnité de remplacement du revenu, l'appelante à cause de sa lombalgie n'ait pas été capable de reprendre son emploi de couturière.» Sans nier que Mme Martelli ait pu éprouver des malaises, la Commission ne se montre pas aussi convaincue quant à leur caractère véridique qu'elle pouvait l'être dans le dossier des problèmes de déglutition. En exerçant sa juridiction, la Commission a pris en compte le témoignage des médecins experts, ce qu'elle pouvait faire. Elle n'a

172. A-A-65 (1997), *supra* note 61 à la p. 201.

173. Décisions repérées à même la banque ADMR de SOQUIJ : *Assurance-automobile*, AA-13162., Me Wurtele et Dr Rochette, 18 novembre 1991; *Assurance-automobile*, AA-15077, Me Lamonde et Dr Rochette, 12 novembre 1992; *Assurance-automobile*, AA-58318, Me Cohen et Dr Beauregard, 30 septembre 1994; *Assurance-automobile*, AA-60145 et AA-60146, Dr Brunet et Me Lamarre, 24 février 1997; *Assurance-automobile*, AA-57976, Dr Horn-Bisaillon et Me Wurtele, 31 mars 1998.

174. A-A-41 (1991), *supra* note 168.

pas trouvé matière à appliquer la règle des présomptions de faits, ce qui relève de sa discrétion. En bout de ligne, il appert que Madame Martelli n'a pas convaincu la Commission que ses malaises ne se seraient pas manifestés n'eût été l'accident d'automobile dont elle a été victime.

La Commission a-t-elle accordé trop d'importance aux témoignages des experts? Aurait-elle abdiqué ses pouvoirs en acceptant, sans discussion apparente, leurs conclusions? On note que la Commission n'a pas cherché à déterminer dans quelle mesure le constat d'absence de hernie discale, de compression radiculaire ou de sténose spinale constituait une indication suffisamment convaincante pour nier que le choc subi lors de l'accident ait pu jouer quelque rôle dans l'apparition des malaises. De même, la Commission n'a pas cherché à déterminer dans quelle mesure le type d'examen auquel on a eu recours et les appareils utilisés permettent de «voir» avec assez de clarté la région atteinte pour éliminer toute possibilité que l'accident ait pu jouer quelque rôle dans l'apparition des symptômes attribués au problème congénital. On doit reconnaître qu'il appartient habituellement au procureur de l'appelante de soulever ce type de questions. À défaut d'une telle intervention, la Commission doit-elle pour autant s'abstenir de s'interroger? La Commission est un organisme auquel on reconnaît une expertise qui amène le législateur à lui confier une juridiction exclusive dans ses domaines de compétence. Le tribunaux supérieurs ont pour consigne de ne pas intervenir dans leurs décisions à moins d'erreur manifestement déraisonnable. Cette expertise ne devrait-elle pas amener la Commission à prendre l'initiative de vérifier, ne serait-ce que sommairement, le degré d'acuité des instruments dont se servent les experts médicaux pour tirer leurs conclusions, surtout lorsqu'ils ne «voient» rien?

Les directives de la Cour suprême dans les affaires *Snell* et *Laferrière* constituent une mise en garde à l'égard des tribunaux qui seraient portés à s'en remettre trop rapidement aux normes scientifiques et aux témoignages d'experts pour trancher les questions de causalité. Comme le soulignait le juge Charles D. Gonthier dans une chronique intitulée «Le témoignage d'experts : à la frontière de la science et du droit»,¹⁷⁵ les finalités du droit et celles de la science s'opposent parfois :

175. (1993) 53 R. du B. 187.

«Que ce soit au cours de son travail ou en tant qu'expert devant les tribunaux, invité à donner son opinion sur tel cas précis, l'étalon de référence du scientifique sera la règle générale.

Le juriste, je devrais dire en l'occurrence le juge, ne vise pas l'universalité. Il décide d'un cas, uniquement celui qui lui est soumis. Son observation, ses conclusions ne souffrent pas de l'unicité. La valeur juridique n'est pas amoindrie par l'individualité de l'espèce.

Comme je l'ai dit au début de cet exposé, scientifique et juriste recherchent la vérité ou au moins - plus humblement - une certaine forme de vérité. Il y a encore là opposition entre science et droit puisque pour la première cette quête repose sur des bases objectives et, sinon répétitives, du moins répétables alors que la matière des litiges repose généralement sur des bases fugaces, «événementielles» et accidentelles dont la répétition n'est non seulement pas aisée mais souvent également peu souhaitable!»¹⁷⁶

Dans la même veine, le professeur Daniel Jutras souligne que la science n'est pas toujours en mesure de fournir des réponses objectives et absolues, et que les attentes des juristes à l'égard de la science sont souvent déraisonnables :

«Dans l'établissement du lien de causalité, l'expertise scientifique permet à la fois de surmonter l'incertitude relative à la chaîne des événements, et de conférer une certaine autorité à la décision, en l'enveloppant dans le voile de l'objectivité scientifique. Mais cet objectif ne peut être atteint que de manière relative, d'abord parce que la science n'a pas toute l'autorité que lui confèrent les juristes, mais aussi parce que les idées et les notions ne se déplacent pas aisément de la science au droit.

[...]

..., la vérité scientifique, tout comme la vérité juridique, est le résultat d'un processus de gestion de l'incertitude. En droit, les règles de preuve et de procédure sont des moyens de parvenir à une conclusion

176. *Ibid.* aux pp. 193-194.

sur les faits, qui n'est pas nécessairement conforme à la réalité, mais qui est néanmoins légitime parce qu'elle est le produit de règles qui sont elles-mêmes équitables. Comme les juristes, les scientifiques interprètent le réel à partir de pratiques conventionnelles. Ces pratiques conventionnelles, les méthodes expérimentales et les conditions menant à la formulation d'une conclusion scientifique font elles-mêmes l'objet de controverses scientifiques de telle sorte qu'il est parfois possible de parvenir à des conclusions contradictoires tout à fait défendables à partir d'observations semblables, et que la manière de poser les questions, de formuler les hypothèses, détermine parfois les réponses.

Bref, la science, tout comme le droit, n'est pas en mesure d'expliquer le réel de façon absolue. À cela, il faut ajouter que les affaires de responsabilité civile dans lesquelles la causalité est problématique sur le plan scientifique, soulèvent par définition des questions qui sont à la frontière du savoir scientifique, c'est-à-dire des questions controversées ou incertaines, sur lesquelles la science n'est pas fixée.»¹⁷⁷

Après avoir souligné l'importance de faire preuve d'un sain scepticisme à l'égard des conclusions scientifiques en matière de causalité, nous compléterons notre analyse de l'affaire *Martelli* en indiquant comment elle a été reçue par la Commission des affaires sociales et par les autres juges de la Cour supérieure du Québec appelés à disposer de requêtes en révision judiciaire concernant des décisions rendues par la Commission.

En Cour supérieure, on a cité la décision *Martelli* en quatre occasions, à l'appui de demandes de révision judiciaire de décisions de la Commission des affaires sociales, division de l'assurance-automobile. Madame la juge Marcellin

177. D. Jutras, «Expertise scientifique et causalité», dans *Congrès annuel du Barreau du Québec (1992)*, Montréal, Yvon Blais, 1992 à la p. 897 aux pp. 900-902; d'autres auteurs ont souligné les difficultés que posent la rencontre de la science et du droit, voir K. Lippel, «L'incertitude des probabilités en droit et en médecine» (1992) 22 R.D.U.S. 445; D. L. Demers, «Maladies professionnelles et plausibilité biologique» (1991) 25 R. J. T. 29 et K. Boustany, N. Halde et M. Antaki, «La perception du risque technologique : le droit entre Janus et Prométhée» (1998) 13 *Revue canadienne droit et société*, 125-162.

a entendu deux de ces requêtes. Dans l'affaire *Masmarti*,¹⁷⁸ la Cour a considéré que les faits de la décision contestée différaient de ceux de l'affaire *Martelli*, puisque le requérant avait déjà été indemnisé pour une série de traitements pour un problème d'acouphène, et qu'une décision de cesser d'indemniser avait été rendue qui ne fut pas contestée. Il en fut de même dans l'affaire *Chalifoux*,¹⁷⁹ un dossier de fibromyalgie, car la requérante ne présentait pas de condition personnelle préexistante, ce qui distinguait sa situation de celle qui se présentait au juge Tellier. La juge Marcellin n'a donc pas jugé opportun de se prononcer quant au bien fondé de l'argumentation du juge Tellier. Elle a refusé de réviser judiciairement l'une et l'autre décision de la Commission des affaires sociales en estimant qu'on ne lui avait pas démontré que la Commission s'était trompée en exerçant sa juridiction. Dans sa décision dans le dossier *Chalifoux*, elle ajoute que même si la Commission s'était trompée dans l'appréciation des éléments de preuve, il ne s'agirait pas d'une erreur manifestement déraisonnable justifiant l'intervention de la Cour.

Dans l'affaire *Camerano*¹⁸⁰ le troisième dossier de révision judiciaire où on a plaidé l'affaire *Martelli*, le juge Arsenault n'a pas non plus retenu la théorie du renversement du fardeau de la preuve. Tout au plus, il accepte que le fait d'avoir été asymptomatique avant l'accident crée une simple présomption qui doit être étayée par une preuve médicale positive et concluante.¹⁸¹ Enfin, dans l'affaire *Sobota*,¹⁸² madame la juge Bénard refuse de réviser judiciairement une décision de la Commission des affaires sociales où on alléguait que la

178. *Masmarti c. Société de l'assurance automobile*, (4 avril 1996), Montréal 500-05-008076-950 (C.S.), [1196] A.Q. No 857 (C.S.) (Quicklaw).

179. *Chalifoux c. Commission des affaires sociales*, (30 mai 1997), Montréal 500-05-023818-964, J.E. 97-1618 (C.S.), [1997] A.Q. No 2099 (C.S.) (Quicklaw) (La décision de la Commission des affaires sociales est rapportée dans A-A-17 (1996), *supra* note 138). Mentionnons que par la suite, le juge Tellier a accueilli une requête en révision judiciaire d'une décision de la Commission d'appel en matière de lésions professionnelles dans un dossier de fibromyalgie où la Cour reproche notamment à la C.A.L.P. d'avoir imposé à la requérante un fardeau de preuve excessif : *Chiasson c. Commission d'appel en matière de lésions professionnelles*, [1998] C.L.P. 1086 (C.S.).

180. *Camerano c. Société de l'assurance automobile du Québec*, (29 janvier 1998), Montréal 500-05-030502-973, J.E. 98-489 (C.S.).

181. *Ibid.*, texte intégral de la décision (Jurisprudence Plus - SOQUIJ),

182. *Sobota c. Commission des affaires sociales*, (26 mai 1998), Montréal 500-05-031436-973, J.E. 98-1519 (C.S.).

Commission a confondu la notion de probabilité scientifique avec la notion de probabilité juridique. La Cour constate que la Commission a évalué les preuves soumises et qu'elle a retenu telles expertises plutôt que telles autres. Tout en admettant que les tribunaux n'ont pas à appliquer les normes scientifiques pour établir la preuve de certains faits, la Cour estime qu'elle ne doit pas substituer sa propre décision à celle de la Commission des affaires sociales.

La décision *Martelli* ne semble donc pas faire jurisprudence auprès de la Cour supérieure, bien que les plaideurs l'aient porté à l'attention des juges. En Commission des affaires sociales, sauf exception,¹⁸³ l'argumentation du juge Tellier n'a pas suscité d'écho favorable de la part des divers quorum auxquels elle a été soumise. Dans l'affaire *Assurance-automobile* - 39 (1996), un dossier de fibromyalgie, la Commission a été très explicite en exprimant son désaccord :

«Le requérant invoque que le tribunal a commis une erreur en droit dans l'application des règles de preuve en matière de relation entre l'accident et la condition actuelle du requérant.

Sur ce point, le requérant fait valoir deux arguments principaux, à savoir : la Commission n'a pas appliqué la règle du "crâne fragile" et n'a pas rendu une décision juridique dans le sens exprimé par l'honorable juge Tellier, de la Cour supérieure, dans l'affaire *Martelli*.

Quant à ce deuxième argument [décision dans l'affaire *Martelli*], la Commission des affaires sociales est d'avis qu'une décision juridique a été rendue en appel et ajoute qu'elle est en désaccord avec les conclusions de ce jugement de la Cour supérieure, ayant elle-même porté en appel cette décision de l'honorable juge Tellier.

[...]

183. *Assurance-automobile*, AA-63230, Tribunal administratif du Québec, Section des affaires sociales, le 20 mai 1998, Dr Horn-Bisaillon et Me Wurtelee. Selon le résumé de l'arrêteste, la Commission conclut qu'en vertu du principe de la conservation des droits, lorsque le droit à une indemnité de remplacement du revenu a été établi, la SAAQ a le fardeau de prouver que l'une ou l'autre des conditions de cessation de l'indemnité s'est réalisée.

En tout état de cause, la Commission constate qu'il y a erreur de droit lorsqu'une règle de droit qui aurait dû s'appliquer ne l'a pas été, mais non lorsqu'une règle de droit non applicable ne l'a pas été.»¹⁸⁴

Dans un autre dossier de fibromyalgie, l'affaire *Assurance-automobile - 65*,¹⁸⁵ la Commission élabore davantage son point de vue. La Commission convient qu'un état pathologique préexistant ne constitue pas une fin de non-recevoir pour l'acceptation d'une réclamation et qu'il y a lieu en certains cas de recourir aux présomptions de faits. Elle ajoute toutefois :

«Cela dit, la Commission estime que la règle de droit dite *res ipsa loquitur* doit également être appliquée avec une certaine prudence et qu'elle nécessite des balises. La Commission a également dit qu'une relation causale, malgré une apparente présomption de faits, exigeait davantage que la démonstration d'un simple lien chronologique. Il ne suffit pas de dire qu'avant un accident une personne vivait d'une telle façon et qu'après un accident elle vit d'une autre façon pour inférer automatiquement que la cause du changement doit relever de l'accident.»¹⁸⁶

La Commission procède ensuite à énumérer divers exemples où il paraît évident que le lien chronologique entre un certain type de lésion et un traumatisme n'est que pure coïncidence. Abordant des cas plus difficiles, elle exprime son inquiétude quant aux conséquences d'appliquer libéralement la règle des présomptions de faits :

«Si une blessure mono-articulaire entraîne des douleurs prolongées et si, en cours d'évolution, la victime en vient à devoir consulter un rhumatologue qui, par hypothèse, poserait un diagnostic d'arthrite rhumatoïde, est-ce qu'il faudrait dire que *res ipsa loquitur*? S'il fallait dire oui, il faudrait en conclure que l'arthrite rhumatoïde dépend d'une façon ou d'une autre de l'accident et, par conséquent, que toutes les manifestations poly-articulaires qui se rencontrent en règle générale dans une telle maladie devraient être imputées à l'accident. Mais, en

184. A-A-39 (1996), *supra* note 70 aux pp. 721-723.

185. A-A-65 (1997), *supra* note 61.

186. *Ibid.* à la p. 202.

toute logique, sans exiger un degré de preuve médicalement très complexe, la règle de droit, si on veut l'opposer à la règle scientifique sur le degré d'exigence de la preuve, pourrait-elle faire en sorte que quelqu'un qui a subi un accident précis au genou droit en 1987 voie reconnaître ses douleurs aux épaules, aux doigts et aux orteils comme étant toujours les conséquences indirectes de ce même accident par le biais d'une arthrite rhumatoïde qui aurait été reconnue comme dépendante de l'accident par simple présomption de faits? Les exemples pourraient être répétés à outrance. Ils tendraient tous à démontrer que la présomption de faits n'est pas absolue et que, même en présence apparente d'un lien chronologique, un lien de causalité doit toujours pouvoir être démontré, sauf pour des cas exceptionnels et rarissimes, comme dans l'affaire *Sauveteurs et victimes d'actes criminels - 13*, dans laquelle il n'y avait aucune explication possible et que la notion de coïncidence n'avait aucun sens eu égard aux faits.»¹⁸⁷

Peut-on trouver un moyen terme entre une application «automatique» de la règle des présomptions de faits en présence d'un lien chronologique et une application au compte-gouttes? On doit se soucier des coûts que peuvent générer une application trop libérale des règles de preuve dans le cadre d'un régime public d'indemnisation du préjudice corporel. On doit par contre réaliser que la victime qui se voit refuser les indemnités auxquelles elle a droit supporte seule les conséquences, souvent catastrophiques, de l'accident dont elle est alors doublement victime. Il faut se garder d'exiger des réclamants des preuves que la science elle-même n'est pas en mesure de fournir. Il y a lieu enfin de se rappeler que les dispositions qui traitent du lien de causalité entre le préjudice corporel et l'accident d'automobile font partie de la *Loi sur l'assurance automobile* au même titre que les dispositions qui déterminent quels sont les événements qui donnent lieu à son application. Les propos que le juge Baudouin tenait dans l'affaire *Pram* à propos de l'interprétation des secondes ne valent-elles pas tout autant pour ce qui est des premières? Je cite :

187. *Ibid.* à la p. 203, la décision *Sauveteurs et victimes d'actes criminels - 13*, [1990] C.A.S. 65, à laquelle on réfère dans ce passage traitait du cas d'une infirmière vaccinée contre l'hépatite B, en relation avec ses activités professionnelles, et qui avait été victime d'effets secondaires tout à fait inattendus à chacune des deux occasions où elle avait reçu une dose du vaccin.

«Il m'apparaît donc qu'effectivement, lorsqu'on tient compte des buts poursuivis par le législateur d'une part, du caractère social et indemnitaire de la loi d'autre part, et enfin de la tradition jurisprudentielle très fortement majoritaire que la loi doive recevoir une interprétation large et libérale. Cette interprétation doit cependant rester plausible et logique eu égard au libellé de la loi.»¹⁸⁸

Conclusion

La *Loi sur l'assurance automobile* est un loi remédiatrice à caractère social qui doit être interprétée de façon large et libérale afin de lui permettre d'atteindre son objet premier, soit l'indemnisation des victimes d'un préjudice corporel causé par une automobile.

Cette approche s'est manifestée clairement dans la jurisprudence des tribunaux de droit commun appelés à déterminer si événement au cours duquel un dommage est causé par une automobile est un accident au sens de la loi. On a été ainsi amené à déclarer que le régime s'étendait à de nombreux événements qui débordent le cadre usuel de la conduite automobile.

Ceci dit, on constate que la situation est toute autre pour ce qui est d'apprécier le lien de causalité entre le préjudice corporel et le fait accidentel. La jurisprudence du tribunal spécialisé, la Commission des affaires sociales, se caractérise par une démarche d'interprétation stricte et rigoureuse, qui s'inspire à certains égards du droit commun de la responsabilité civile.

Ainsi, la Commission a élaboré une théorie «lien direct» entre l'accident et le préjudice qui l'amène à conclure qu'il y a rupture du lien de causalité lorsque le préjudice survient après ce qu'on a défini comme la période de consolidation des blessures. Passé ce stade, la victime doit assumer seule les risques attribuables à des séquelles physiques et psychologiques dont le lien avec l'accident est par ailleurs incontestable. La Commission fait valoir que cette doctrine du lien direct est «dictée par l'état actuel de la législation et entérinée par les décisions des tribunaux supérieurs». Or, on cherche en vain dans le texte

188. *Productions Pram Inc.*, *supra* note 1 à la p. 1741.

de la loi quelque élément qui viendrait soutenir la théorie du lien direct appliquée par la Commission. D'autre part, on constate que «l'approbation des tribunaux supérieurs» a pour unique fondement un refus de réviser judiciairement une décision de la Commission où l'erreur alléguée ne mettait pas directement en cause cette théorie.

Les décisions de la Commission font état de situations de rupture du lien de causalité attribuables à la faute d'un tiers, à la faute de la victime ou à des circonstances fortuites que la Commission considère sans lien avec l'accident. On note que ce recours au concept de faute s'accorde difficilement avec un des principes fondamentaux de la loi : les indemnités doivent être attribuées sans égard à la responsabilité de quiconque. Quant à l'incidence d'une condition personnelle préexistante, on constate que la Commission reconnaît et applique la théorie du «crâne fragile» issue du droit commun. La victime particulièrement éprouvée du fait de ses caractéristiques personnelles aura droit à des indemnités qui reflètent le préjudice effectivement subi. Cependant, la Commission tient à s'assurer que ce préjudice a vraiment pour origine le fait accidentel. Ainsi il ne lui suffit pas que la victime établisse qu'elle était bien portante avant l'accident et que ses problèmes se sont manifestés par la suite. Ce qui laisse les victimes perplexes quant à la nature des preuves exigées par la Commission.

Ces attentes vont-elles au-delà de ce qui est juridiquement requis? Sont-elles le reflet d'une influence qu'exerceraient les normes scientifiques auxquelles se réfèrent les experts appelés à se prononcer sur le lien de causalité? On constate qu'une telle influence se manifeste à deux niveaux. D'une part, les décisions de la Commission sont à l'effet que le lien de causalité entre le préjudice et le fait accidentel doit se fonder sur des constats objectifs établis au moyen de méthodes éprouvées. Ainsi, la Commission n'a pas accordé beaucoup crédit à des allégations de douleurs qui n'étaient pas objectivées médicalement. Il en est de même de certains diagnostics qui ont pour fondement principal l'expression de douleurs de la part de la victime. D'autre part, on observe que les décisions de la Commission réfèrent à certains critères d'imputabilité médicale retenus comme grille d'analyse du lien de causalité par les services médicaux de la Société de l'assurance automobile du Québec. Les décisions de la Commission qui y réfèrent dans leur globalité sont plutôt rares. Par contre, on constate que l'un ou l'autre de ces critères sont invoqués à l'appui de plusieurs décisions de la Commission. On note également que ces critères incitent à la

prudence et au conservatisme. Ainsi, «l'histoire naturelle de la maladie ou de la blessure», le pivot de cette grille d'analyse du lien de causalité, insiste sur ce qui est «normal» en regard de l'état actuel des connaissances médicales. Cette prudence et ce conservatisme se sont manifestés notamment en ce qui concerne les cas de fibromyalgie, un syndrome douloureux difficile à diagnostiquer et dont l'étiologie n'a pu être établie de façon concluante à ce jour.

Ces éléments font que la Commission se voit occasionnellement reprocher d'appliquer des normes scientifiques et non pas des normes juridiques en matière de causalité. L'affaire *Martelli* a porté le débat en Cour supérieure. Bien que cette décision ne semble pas avoir été suivie à ce jour, elle a obligé la Commission des affaires sociales à préciser ses positions quant à l'application de certaines règles de preuve, soient la *thin skull Rule* et les présomptions de faits. On note que la Commission reconnaît la pertinence de ces règles, mais on constate de sa part une grande prudence dans leur application, particulièrement en ce qui concerne les présomptions de faits.

On peut souhaiter que la Cour d'appel du Québec aborde les questions de fond que posent l'affaire *Martelli* lorsqu'elle s'en saisira. Les réclamants, la Société de l'assurance automobile et maintenant la Section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec ont avantage à connaître les vues de la Cour sur les normes en matière de causalité quant à la relation entre le préjudice corporel et le fait accidentel. La Cour se voit ainsi offrir l'occasion de rappeler les directives que la Cour suprême a émises à l'occasion des affaires *Snell* et *Laferrière* et qui mettent en garde les tribunaux qui seraient portés à appliquer sans nuance les critères scientifiques en matière de causalité. L'expertise scientifique éclaire le tribunal, mais celui-ci doit demeurer maître de la preuve.

La section des affaires sociales du Tribunal administratif du Québec a pris le relais de la Commission des affaires sociales, division de l'assurance-automobile. Le Tribunal a juridiction exclusive dans les matières qui relèvent de son domaine de spécialisation. Il a discrétion pour apprécier les divers éléments de preuve qui lui sont soumis. On peut toutefois souhaiter que le Tribunal fasse preuve d'un sain scepticisme à l'égard des conclusions que tirent les scientifiques en matière de causalité. Comme le soulignait le professeur Jutras, s'il est vrai que l'expertise scientifique confère une certaine autorité à la

décision du tribunal «en l'enveloppant dans le voile de l'objectivité scientifique», on doit se rappeler que «la science, tout comme le droit, n'est pas en mesure d'expliquer le réel de manière absolue».

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : L'AFFAIRE DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE ET L'EXTENSION
DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

Auteur(s) : Pierre PATENAUDE

Revue : RDUS, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : 321-331

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12732>

DOI : <https://doi.org/10.17118/11143/12732>

Page vide laissée intentionnellement.

COMMENTAIRE

L’AFFAIRE DES JUGES DE LA COUR PROVINCIALE ET L’EXTENSION DU CONTRÔLE JUDICIAIRE

par Pierre PATENAUDE*

SOMMAIRE

La saga des garanties implicites	324
La décision majoritaire	325
La dissidence	327
Commentaires	329

*, Avocat et professeur titulaire à la Faculté de droit de l’Université de Sherbrooke.

Récemment, la Cour suprême du Canada a, unilatéralement, extensionné considérablement son pouvoir constitutionnel de contrôle. Dans l'affaire des juges de la Cour provinciale,¹ la majorité a, au moyen d'un activisme judiciaire qu'elle ne peut couvrir par l'excuse de l'obligation imposée par les constituants,² ouvert la porte à la constitutionnalisation des vagues principes politiques de la Common Law britannique, avec les conséquences que l'on peut prévoir. Voyons donc...

Le regretté Jean-Charles Bonenfant écrivait, en 1976 :

«Un bon gouvernement par les juges demeure toujours un gouvernement par les juges avec tous les dangers que cela comporte [...] Je redoute [...] que dans un système politique, social, économique et ethnique aussi compliqué que celui de notre pays on abandonne au jeu dialectique de quelques personnes savantes et honnêtes le règlement de problèmes essentiels. Les gens honnêtes qui ne s'entendent pas ne font que donner un sens différent aux mots et entre un jugement majoritaire et une dissidence, il n'y a parfois qu'un syllogisme fautif; mais cette différence de logique, [...] peut déterminer l'avenir du pays.»³

Loin de nous l'idée de contester le principe de la suprématie de la Constitution ainsi que son corollaire, celui du contrôle judiciaire de la validité constitutionnelle des lois; néanmoins, ce dernier doit, à notre avis, être circonscrit : il ne demeure légitime que lorsqu'il agit à l'intérieur des paramètres établis par les constituants. Le pouvoir judiciaire ne devrait unilatéralement l'extensionner. La retenue devrait, donc, quant à son champ de juridiction, être de règle, surtout lorsqu'il limite l'action des élus du peuple.

1. [1997] 3 R.C.S. 3.

2. Voir : Hon. B. Wilson, «We didn't volunteer» (1999) 20 Policy Options Politiques 8.

3. J.-C. Bonenfant, «La Cour suprême et le partage des compétences» (1976) 14 *Alta L. Rev.* 21 à la p. 32.

Le cas des garanties constitutionnelles implicites discuté dans la décision relative aux juges de la Cour provinciale,⁴ illustre de façon éclatante la constatation de feu Jean-Charles Bonenfant et il actualise la nécessité, selon nous, d'une retenue judiciaire quant à l'élargissement de son pouvoir de contrôle de l'élément démocratique.

- **La saga des garanties implicites**

Certains avaient cru voir dans la *Loi constitutionnelle de 1867* certaines garanties tacites de droits fondamentaux qui auraient limité la souveraineté parlementaire. Ainsi, on avait jadis pu lire sous la plume du juge Abbott, l'extrait suivant :

«Le droit à la liberté de discussion et de critique est essentiel à une démocratie parlementaire [...] ce droit ne peut être abrogé par une législature [...] ou même par le Parlement.»⁵

Dans la même veine, on avait lu dans un jugement de la Cour d'appel du Québec relatif aux droits scolaires des Témoins de Jéhovah⁶ les extraits suivants :

«[...] il paraîtrait utile de rappeler que le droit de donner à ses enfants l'éducation religieuse de son choix, de même que la liberté de conscience, sont antérieures à la loi positive.» (à la p. 711)

«If these rights find their source in positive law they can be taken away. But if, as they do, they find their existence in the very nature of man, then they cannot be taken away [...]» (à la p. 722)

Selon ces juges, certains droits fondamentaux non enchâssés spécifiquement dans la *Loi constitutionnelle de 1867* seraient venus restreindre l'omnipotence du Parlement.

4. *Supra* note 1.

5. *Switzman c. Ebling*, [1957] R.C.S. 285 aux pp. 327-28.

6. [1957] B.R. 707.

Pourtant, il semblait bien, selon plusieurs, que cette théorie des garanties implicites n'était pas fondée. Au Canada, seuls les textes constitutionnels formels auraient pu restreindre la souveraineté parlementaire. Le professeur Hogg résumait bien l'opinion majoritaire quant à l'existence de garanties constitutionnelles implicites limitant le pouvoir des législateurs :

«A difficulty with this line of reasoning is that the central feature of the constitution of the United Kingdom, and of its Parliament, was in 1867, and still is, parliamentary sovereignty. In the United Kingdom the tradition of respect for civil liberties is not reflected in the law of the constitution. Any of the civil liberties, including free speech, can be abolished by the Parliament at any time. Thus, when the B.N.A. Act established parliamentary institutions on the model of the United Kingdom, the plausible assumption would be, as the courts have so often emphasized, that the Canadian institutions would enjoy powers of the same order as those of the Parliament at Westminster. [...] It is the theory of exhaustive distribution, not the implied bill of rights, which is more faithful to both the history and the text of the B.N.A. Act.»⁷

De même, dans une affaire antérieure à l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés*, on avait plaidé en Cour suprême que les libertés d'expression, de réunion et d'association, la liberté de presse et la liberté de religion avaient été héritées du Royaume-Uni et incluses dans la Constitution canadienne par le préambule de l'Acte de l'Amérique du Nord Britannique de 1867. Au nom de la majorité, le juge Beetz avait répondu : «Aucune des libertés mentionnées n'a été consacrée par la constitution au point d'être mise hors de la portée de toute législation».⁸

- **La décision majoritaire**

Pourtant, dans le renvoi relatif aux juges de la Cour provinciale,⁹ mentionné précédemment, le juge Lamer, en vint à la conclusion que ledit préambule pouvait servir à limiter la souveraineté des Parlements canadiens et,

7. P.W. Hogg, *Constitutional Law of Canada*, Toronto, Carswell, 1977 à la p. 430.

8. *P.G. (Can.) et Dupond c. Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770 à la p. 796.

9. *Supra* note 1.

qu'en conséquence, les élus du peuple ne pouvaient diminuer unilatéralement le salaire des juges. En l'instance, les législateurs de l'Alberta, du Manitoba et de l'Île-du-Prince-Édouard avaient diminué le salaire des magistrats, tout comme ils l'avaient fait pour les fonctionnaires, dans un effort de compressions budgétaires.

Les dispositions furent jugées inconstitutionnelles. Le juge en chef Lamer profita de cette décision pour revenir à la question des protections implicites :

«[L]e préambule énonce [...] «la thèse politique que la loi exprime» [...]. Il reconnaît et confirme les principes fondamentaux qui sont à la source même des dispositions substantielles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. [...] le préambule est non seulement une clef permettant d'interpréter les dispositions expresses de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais également une invitation à utiliser ces principes structurels pour combler les lacunes des termes exprès du texte constitutionnel. (à la p. 69)

[...] la reconnaissance de la nature démocratique du gouvernement parlementaire dans le préambule a été utilisée par certains membres de notre Cour pour façonner une déclaration des droits implicites, en l'absence de toute indication expresse à cet effet dans le texte constitutionnel. Cette interprétation repose, à mon sens, sur la reconnaissance du caractère essentiel des institutions politiques dans la "structure fondamentale de notre Constitution" [...], et c'est pourquoi les gouvernements ne peuvent pas miner les mécanismes de la responsabilité politique qui définissent, guident et légitiment ces institutions.

Ces exemples - les principes de la reconnaissance totale et de la suprématie, la réparation novatrice que constitue la déclaration d'invalidité avec sursis, la reconnaissance du statut constitutionnel des privilèges des législatures provinciales, l'attribution à l'autorité fédérale du pouvoir de réglementer la liberté d'expression politique et la reconnaissance, par inférence, de limites implicites à la souveraineté du pouvoir législatif en matière de liberté d'expression politique - illustrent l'effet juridique particulier du préambule. Celui-ci énonce les principes structurels de la *Loi constitutionnelle de 1867* et invite les

tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel.

La même approche s'applique à l'égard de la *protection de l'indépendance de la magistrature*. [...] *le préambule de la Loi constitutionnelle de 1867 et, en particulier, sa référence à "une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni" constituent une "reconnaissance écrite" du principe de l'indépendance de la magistrature.*»¹⁰ (à la p. 75) [nos italiques]

- **La dissidence**

À l'opposé, le juge La Forest, partisan d'une approche plus classique, écrit dans sa dissidence :

«Même s'il est accepté que l'indépendance de la magistrature était devenue un principe "constitutionnel" en Grande-Bretagne en 1867, il est important de comprendre la signification précise de ce terme en droit britannique. Contrairement au Canada, la Grande-Bretagne n'a pas de constitution écrite. *Suivant la théorie juridique britannique reconnue, le Parlement est suprême. Je veux dire par là que sa compétence législative est illimitée. Comme Dicey l'explique, le Parlement a, [TRADUCTION] "en vertu de la constitution anglaise, le droit de faire ou d'abroger quelque loi que ce soit; de plus, le droit anglais ne reconnaît à aucun individu ou organisme le droit de déroger aux lois du Parlement ou de les annuler".* (A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (10^e éd. 1959), aux pp. 39 et 40). Ce principe a été quelque peu modifié au cours des dernières décennies pour tenir compte de l'effet de l'entrée de la Grande-Bretagne dans la Communauté européenne, mais, en dernière analyse, le Parlement britannique demeure suprême; voir E.C.S. Wade et A.W. Bradley, *Constitutional and Administrative Law* (11^e éd. 1993), par A.W. Bradley et K.D. Ewing, aux pp. 68 à 87; Colin Turpin, *British Government and the Constitution* (3^e éd. 1995), aux pp. 298 et 299. [nos italiques]

10. *Ibid.*

[...]

L'idée qu'il existait des limites applicables au pouvoir du Parlement britannique de porter atteinte à l'indépendance du pouvoir judiciaire au moment de la Confédération est donc historiquement fausse. En exprimant le désir d'avoir une constitution "semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni", les rédacteurs de la *Loi constitutionnelle de 1867* n'ont pas donné aux tribunaux le pouvoir d'annuler une loi portant atteinte au principe de l'indépendance de la magistrature. (à la p. 179)

[...]

Par conséquent, inférer la protection de l'indépendance de la magistrature du désir exprimé dans le préambule de se doter d'une constitution d'inspiration britannique c'est se méprendre complètement sur la nature fondamentale de cette constitution.

Cette constatation nous ramène à l'argument central : dans la mesure où les tribunaux canadiens ont le pouvoir de faire respecter le principe de l'indépendance de la magistrature, ce pouvoir découle de la structure du constitutionnalisme canadien, et non du constitutionnalisme britannique. Notre Constitution prévoit expressément et le pouvoir de contrôle judiciaire (à l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*) et des garanties d'indépendance de la magistrature (aux art. 96 à 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à l'al. 11 d) de la *Charte*). *Bien que ces dispositions aient été interprétées comme accordant des garanties d'indépendance qui ne ressortent pas de façon manifeste de leur libellé, elles l'ont été au moyen de mécanismes habituels d'interprétation constitutionnelle et non par le recours au préambule.* La légitimité de cette démarche interprétative découle de son assise sur une expression de la volonté démocratique, et non d'une théorie douteuse quant à l'existence d'une structure constitutionnelle implicite. Les dispositions expresses de la Constitution ne sont pas, comme l'affirme le juge en Chef, "l'expression des principes structurels sous-jacents non écrits, prévus par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*" (par. 107). Au contraire, ils sont la Constitution. *Affirmer autre chose c'est subvertir le fondement démocratique du contrôle judiciaire.* [nos italiques]

En d'autres termes, l'approche adoptée par le Juge en chef méconnaît, selon moi, la nature de la *Loi constitutionnelle de 1867*.»¹¹ (à la p. 183)

- **Commentaires**

La décision du juge en chef nous surprend à plusieurs égards : en effet, c'est le principe de la souveraineté du Parlement qui est la pierre d'assise de toute la structure constitutionnelle britannique. Donc, si le préambule de la Constitution canadienne incorpore les grands principes non écrits de la constitution britannique, si, selon les termes même du juge en chef «par sa référence à “une constitution semblable dans son principe à celle du Royaume-Uni”, il [le préambule] indique que l'organisation juridique et institutionnelle de la démocratie constitutionnelle au Canada doit être similaire au régime juridique duquel émane la Constitution canadienne» (à la p. 70), c'est d'abord et avant tout celui de la souveraineté parlementaire qu'il greffe à notre structure étatique, la seule limite étant, ici, les dispositions formelles de la Constitution écrite, telles celles régissant le partage des compétences législatives (articles 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*), celles assurant la protection des droits fondamentaux (*Loi constitutionnelle de 1982*) ou le maintien de la structure constitutionnelle formelle contre une modification unilatérale (formule d'amendement)!

Elle étonne aussi pour d'autres raisons : premièrement, si l'affirmation du juge en chef à l'effet que «la préférence pour une constitution écrite repose sur bon nombre de questions importantes, particulièrement la certitude du droit [...]» (à la p. 68), comment peut-il concilier ce besoin de certitude avec l'incorporation dans l'ordre constitutionnel majeur des vagues principes de Common Law régissant le fonctionnement de la structure politique britannique? Inviter «les tribunaux à transformer ces principes en prémisses d'une thèse constitutionnelle qui amène à combler les vides des dispositions expresses du texte constitutionnel» n'équivaut-il pas, justement, à introduire une grande incertitude? Comment, en limitant la souveraineté du pouvoir législatif au

11. *Ibid.*

moyen de limites implicites, respecte-t-on cette certitude du droit si chère aux yeux du juge en chef?

Enfin, plusieurs des exemples choisis par le juge en chef nous semblent inappropriés : celui-ci insiste longuement sur la constitutionnalisation des privilèges législatifs des législatures provinciales (à la p. 72) en négligeant d'ajouter que les législatures demeurent néanmoins souveraines pour en modifier la teneur et pourraient même en abolir l'existence; il présente aussi, à l'appui de sa thèse, le fait que le principe de la primauté du droit (*rule of law*) est fondamental à la Constitution du Canada (à la p. 71), ce qui est vrai. Néanmoins, on se souviendra qu'en Grande-Bretagne, jamais ce dernier principe ne peut servir à restreindre la souveraineté parlementaire!

Il se pourrait que les réflexions du juge en chef sur le rôle du préambule ne soient que des opinions ne liant pas les tribunaux (*obiter dicta*). En effet, n'a-t-il pas écrit, avant sa longue dissertation :

«Les présents pourvois ont tous été plaidés sur le fondement de l'al. 11d) de la *Charte*, disposition qui garantit l'indépendance et l'impartialité de la magistrature. Il ressort des termes mêmes de cette disposition que le droit qu'elle garantit est un droit d'application limitée - il ne s'applique qu'aux personnes qui font l'objet d'une inculpation. Malgré la portée limitée de l'al. 11d), il ne fait aucun doute que les pourvois peuvent et doivent être tranchés sur le fondement de cette disposition. Dans une large mesure, notre Cour est prisonnière du contexte que les parties et les intervenants lui ont présenté». (à la p. 63)

Bref, l'avenir nous dira le sort que réserveront les tribunaux à cette opinion du juge Lamer!

Mais quel que puisse être le statut futur desdites «garanties implicites», que la réflexion du juge en chef Lamer ou que celle du juge La Forest soit consacrée, les restrictions au pouvoir parlementaire différeront grandement. La logique de l'un l'emportera sur celle de l'autre et le statut du pouvoir législatif en dépendra.

Chose certaine, la séparation des pouvoirs existe pour opposer des contre-pouvoirs; en plus, la formule d'amendement constitutionnel est rigide pour assurer que des modifications importantes ne puissent être apportées à la Constitution de façon unilatérale; or, lorsque le pouvoir judiciaire élargit unilatéralement sa compétence constitutionnelle, il ne souffre d'aucun contre-pouvoir pouvant freiner ses ambitions...!

Le contrôle judiciaire amène, évidemment, un recul de la souveraineté démocratique face à une institution non élue. Il est légitime lorsque la Constitution est elle-même marquée du sceau de la légitimité (ce qui peut, au Québec, poser quelques problèmes!). Mais les juges, en l'exerçant, doivent, à notre avis, faire preuve de retenue et ne restreindre l'élément démocratique que lorsqu'une disposition formelle et explicite de la Constitution l'impose.

RDUS

Revue de DROIT
UNIVERSITÉ DE SHERBROOKE

Titre : « DROIT DES FIDUCIES »

Auteur(s) : Lucie LAFLAMME

Revue : *RDUS*, 1998-1999, volume 29, numéro 1-2

Pages : **333-336**

ISSN : 0317-9656

Éditeur : Université de Sherbrooke. Faculté de droit.

URI : <http://hdl.handle.net/11143/12733>

Page vide laissée intentionnellement.

«DROIT DES FIDUCIES»*

par Lucie LAFLAMME**

Le fait qu'il faille remonter à 1936 pour trouver un livre de droit civil québécois entièrement consacré aux fiducies justifie, à lui seul, l'opportunité de l'ouvrage *Droit des fiducies* de Jacques Beaulne. Non que la fiducie ait été boudée par les auteurs jusqu'ici. Au contraire, elle a fait l'objet de plusieurs études, souvent même très pointues, mais aucune d'entre elles n'en brossait une vue d'ensemble aussi nette et précise.

L'objectif de l'ouvrage *Droit des fiducies* est de «[...] situer la fiducie dans son nouveau cadre et présenter l'ensemble des règles qui lui sont dorénavant applicables».¹ Pour remplir cette mission, l'auteur a adopté un plan en quatre parties lequel s'inspire du *Code civil du Québec*. Ces divisions suivent, en quelque sorte, un ordre chronologique. Ainsi, après avoir abordé la question de la place de la fiducie dans l'ordonnancement juridique du Québec, la création, l'administration, la modification et l'extinction de la fiducie sont successivement étudiées.

La première partie de l'ouvrage traite donc de la place de la fiducie dans l'ordonnancement juridique du Québec. Il s'agit, à notre avis, de la partie la plus intéressante au point de vue de la théorie juridique attachée à la fiducie. D'ailleurs, tout au long de son ouvrage, l'auteur aurait pu revenir plus souvent sur les principes qu'il y expose car l'ensemble des règles applicables à la fiducie en découle.

Ainsi, tout en réaffirmant le principe de l'approche classique du patrimoine qui nécessite le support d'une personne pour exister, le législateur apporte une nuance importante que le professeur Beaulne souligne. Dans certaines conditions, une masse de biens peut s'élever au rang de patrimoine par la poursuite d'un but et ce, sans référence au support d'une personne qui en serait

*. J. Beaulne, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1998, 345 p.

**.

Directrice du programme de Diplôme de droit notarial et professeure suppléante à la Faculté de droit de l'Université de Sherbrooke.

1. J. Beaulne, *Droit des fiducies*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1998 aux pp. 5-6 au n° 10.

sujet de droit.² En s'appuyant sur cette nouvelle orientation qui reconnaît la théorie du patrimoine d'affectation en droit civil québécois, l'auteur écarte toute référence à la *common law*. Bien qu'ils partagent certains points communs, le *trust* et la fiducie sont fondamentalement distincts. En *common law*, le *trust* emprunte le dédoublement de la propriété en *legal title* et *beneficial title* alors que la fiducie du droit civil utilise plutôt la voie du patrimoine d'affectation.³

La classification d'une fiducie à l'intérieur de l'une ou l'autre des catégories établies au Code dépend également de l'affectation.⁴ Le professeur Beaulne démontre clairement que les fiducies se classent, d'abord et avant tout, selon la finalité qu'elles poursuivent. En effet, c'est l'affectation à l'origine du mécanisme qui permet de déterminer si une fiducie est personnelle, d'utilité privée ou encore, d'utilité sociale ; non pas son mode d'établissement - contrat, testament, loi ou jugement. La classification usuelle des fiducies selon leur mode d'établissement, critère d'ailleurs non retenu par le Code, ne présente guère qu'un intérêt théorique à ses yeux.⁵

Dans la deuxième partie de son ouvrage, l'auteur s'intéresse aux règles entourant la création de la fiducie. Celles-ci sont plus nombreuses que celles qui existaient sous le *Code civil du Bas Canada*. Dans un premier temps, l'auteur s'arrête à l'article 1260 du *Code civil du Québec* pour explorer chacun des éléments constitutifs de la fiducie qu'il établit au nombre de quatre : la constitution d'un patrimoine, la transmission de biens par le constituant à ce patrimoine, la détention de biens par le fiduciaire et enfin, l'affectation des biens à une fin permise par la loi. Cet exercice le conduit, après avoir traité des règles de forme de l'acte constitutif, à scruter les différents acteurs de la fiducie. Si on peut toujours considérer le constituant et le fiduciaire comme des personnages clés pour l'existence de la fiducie, il en va désormais autrement pour le bénéficiaire. Dans le *Code civil du Québec*, ce dernier est écarté au profit de la finalité de la fiducie.⁶

2. *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, c. 64, art. 2.

3. Beaulne, *supra* note 1 à la p. 48 au n° 74.

4. Le lien que procure la notion d'affectation entre le premier et le deuxième chapitre n'est malheureusement pas aussi apparent dans l'ouvrage.

5. Beaulne, *supra* note 1 aux pp. 80-81 aux n°s 130-132.

6. *Ibid.* à la p. 136 au n° 222.

La troisième partie du livre traite de l'administration de la fiducie. De facture plus technique, cette question se devait d'être abordée sans quoi, l'ouvrage aurait été incomplet. Peut-être en raison des règles énoncées, la structure des chapitres, particulièrement le deuxième, laisse plus à désirer, mais cela ne remet aucunement en question la qualité des développements qui s'y trouvent. Sans prétendre vouloir en étudier toutes les dispositions, l'auteur revoit les règles de l'administration du bien d'autrui en regard du fonctionnement de la fiducie. L'administration de la fiducie incombe au fiduciaire à compter de son acceptation et il est chargé de la pleine administration. Ce régime d'administration est marqué par un souci de rentabilité.⁷ À cet effet, l'auteur souligne que l'administrateur bénéficie de pouvoirs qui, sans être illimités, sont néanmoins des plus étendus. Il précise aussi que le Code encadre l'administration fiduciaire de plusieurs façons : responsabilité du fiduciaire et du bénéficiaire à l'égard des tiers, administration fiduciaire collective et règles comptables qui s'appliquent à l'administration de la fiducie. Les mesures de contrôle et de surveillance mises en place par le Code ont également été étudiées et commentées.

Enfin, dans la quatrième et dernière partie de l'ouvrage, l'auteur examine la question de la modification et de l'extinction de la fiducie. Pour consolider et permettre la réalisation de son affectation, une fiducie doit pouvoir s'adapter aux circonstances nouvelles. À cette fin, le Code permet que certaines modifications lui soient apportées. L'auteur les classe en deux catégories : l'augmentation du patrimoine fiduciaire et les modifications au fonctionnement de la fiducie. Le second thème de cette partie, l'extinction de la fiducie, traite de questions aussi diverses que la durée de la fiducie, les modes d'extinction de la fiducie et l'analyse de la possibilité qu'un des acteurs puisse volontairement mettre fin à la fiducie. L'auteur termine son ouvrage par l'analyse des effets de l'extinction et particulièrement l'obligation pour le fiduciaire de faire remise des biens à la fin de la fiducie.

Afin d'éviter les déceptions inutiles, il faut bien qualifier le travail du professeur Beaulne. Le livre qu'il nous présente est un ouvrage général qui situe

7. Ministère de la justice, *Commentaires du ministre de la Justice*, t. 1, Québec, Les Publications du Québec, 1993 à la p. 778.

la fiducie dans son nouveau cadre et présente l'ensemble des règles qui lui sont dorénavant applicables.⁸ Son étude des fiducies transcende toute utilisation «particulière» de celles-ci. Aussi, ce n'est pas dans cet ouvrage qu'on retrouvera une étude exhaustive sur la fiducie-entreprise ou la fiducie d'investissement. Par contre, les fondements juridiques de telles fiducies y sont abondamment commentés et expliqués. Ce livre apporte donc plus une démarche à suivre en matière de fiducie qu'une façon de constituer ou d'opérer une espèce de fiducie en particulier.

Même si on peut déplorer l'absence d'un chapitre sur les règles fiscales entourant la fiducie, il faut reconnaître que sur le plan du droit civil, l'ouvrage du professeur Beaulne est complet. Le mécanisme de la fiducie y est passé en revue depuis sa naissance jusqu'à son extinction. De plus, l'auteur commente et critique, à maintes reprises, des clauses ou des façons de faire en matière de fiducie. Par ailleurs, pour aider la compréhension, les règles antérieures sont exposées pour souligner en quoi le droit actuel s'en distingue. Dans la même perspective, certaines règles de *common law* sont présentées.

En conclusion, nous sommes persuadés que le livre *Droit des fiducies* deviendra un incontournable en matière de fiducies. Il mérite d'être consulté et même lu en entier. Il est facile de s'y retrouver et surtout, le professeur Beaulne a le mérite d'écrire de façon claire et concise, ce qui rend d'autant plus agréable la lecture de cette publication.

8. Beaulne, *supra* note 1 aux pp. 5-6 au n° 10.